Série
IDP Eventos

III Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional

Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Combate à Corrupção na Interface Portugal/Brasil

ORGANIZADORES
Carlos Blanco de Morais e Gilmar Ferreira Mendes

AUTORES
Aroldo Cedraz
Carla Amado Gomes
Carlos Blanco de Morais
Eduardo Vera-Cruz Pinto
Fernando Luiz de Albuquerque Farias
Gilmar Ferreira Mendes
Gilson Dipp
Guilherme d'Oliveira Martins
Jorge Miranda
Jorge Reis Novais
Leonardo Papp
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Marcelo Rebelo de Sousa
Maria Lúcia Amaral
Miguel Nogueira de Brito
Ney de Barros Bello Filho
Paulo Gustavo Gonet Branco
Paulo Saragoça da Matta
Sérgio Antônio Ferreira Victor

IDP
Brasília
2015

Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Combate à Corrupção na Interface Portugal-Brasil (3. : 2015 : Brasília, DF).
III Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Combate à Corrupção na Interface Portugal-Brasil. / Organizadores Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Blanco de Morais. – Brasília: IDP, 2016.
208p. (Série IDP Eventos)
ISBN: 978-85-65604-87-1
DOI: 10.11117/9788565604871

1.Direito Constitucional. 2. Direitos Fundamentais. 3. Corrupção.
4. Sistema Político. I. Título. II. Gilmar Ferreira Mendes. III. Carlos Blanco de Morais.

CDDir 341.2

NOTA DOS EDITORES

Esta publicação resulta do III Seminário Luso-Brasileiro de Direito, realizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), pela Escola de Direito de Brasília (EDB/IDP) e pelo Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICPJ/FDUL) e pelo Centro de Investigação de Direito Público (CIDP), nos dias 07, 08 e 09 de abril de 2015, no auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal.

Os textos reunidos nesta compilação são resultados das palestras proferidas na terceira edição do Seminário e de suas degravações, com as devidas adaptações para a linguagem formal escrita. Neste sentido, foram preservados os conteúdos pertencentes à fala dos participantes e eliminadas as marcas de informalidade, não pertencentes à língua padrão escrita, bem como os textos já prontamente enviados por José Saragoça da Matta e Jorge Miranda.

SUMÁRIO

6 **Prefácio**
Paulo Gustavo Gonet Branco

8 **Apresentação**
Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Blanco de Morais

10 **Capítulo 1**
JUSTIÇA CONSTITUCIONAL
14 Gilmar Ferreira Mendes
22 Jorge Reis Novais
30 Miguel Nogueira de Brito

38 **Capítulo 2**
DIREITOS FUNDAMENTAIS
40 Carla Amado Gomes
46 Leonardo Papp
54 Ney de Barros Bello Filho

62 **Capítulo 3**
SISTEMA POLÍTICO E RISCO DE EROSÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO
64 Jorge Miranda
74 Manoel Gonçalves Ferreira Filho
82 Sérgio Antônio Ferreira Victor

90 **Capítulo 4**
DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMBATE À CORRUPÇÃO NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS (I)
92 Fernando Luiz de Albuquerque Farias
102 Gilson Dipp
112 Paulo Saragoça da Matta

138 **Capítulo 5**
DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMBATE À CORRUPÇÃO NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES POLÍTICO- ADMINISTRATIVAS (II)
140 Aroldo Cedraz
148 Eduardo Vera-Cruz Pinto
154 Guilherme d'Oliveira Martins

158 **Capítulo 6**
DESAFIOS E POSSIBILIDADES DO CONSTITUCIONALISMO: O QUE VIRÁ?
160 Carlos Blanco de Morais
172 Marcelo Rebelo de Sousa
178 Maria Lúcia Amaral
186 Paulo Gustavo Gonet Branco

192 **Agradecimentos Finais**
Gilmar Ferreira Mendes

PREFÁCIO

Paulo Gustavo Gonet Branco*

*Mestre em Direitos Humanos pela University of Essex, Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília; Sub-Procurador Geral da República e Coordenador do Mestrado Acadêmico da EDB/IDP.

À GUISA DE ABERTURA

Tem-se revelado especialmente frutífera a cooperação estabelecida entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Entre os feitos da parceria ressaltam-se os Seminários Luso-Brasileiros de Direito, oportunidades para que temas jurídicos de interesse comum dos dois lados do Atlântico sejam revistos e reavaliados pelos mais distinguidos juristas de Portugal e do Brasil. Esses encontros ocorrem nos auditórios da augusta instituição de ensino lisboeta e vêm congregando crescente público, boa parte formado por consumados profissionais do Direito, vindos de variadas cidades brasileiras.

A terceira edição dos Seminários, em 2015, teve como tema “Estado de Direito, direitos fundamentais e combate à corrupção na interface Portugal/Brasil” e motivou intervenções memoráveis. Seria de lastimar que o encontro não pudesse se alargar para além dos seus intrínsecos marcos espaciais e temporais, vindo a alcançar também o leitor, que tem este volume entre as mãos. Por isso, aqui se transcreveram as palestras proferidas. Não obstante as conhecidas dificuldades que a direta redução a escrito das palavras faladas oferece, a iniciativa se impõe como registro e como motivação para o prosseguimento do diálogo aberto e tão promissor.

Boa leitura!

APRESENTAÇÃO

Gilmar Ferreira Mendes*

*Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Vice-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e docente permanente da Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público (EDB/IDP).

Carlos Blanco de Morais*

* Professor Catedrático da FDUL, Vice-Presidente do ICJP e Presidente da Comissão Coordenadora Científica do CIDP.

O Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) tem como uma de suas mais caras missões institucionais o desenvolvimento de cooperações científicas com centros de ensino, governos e universidades estrangeiras. Essas cooperações se materializam na realização de atividades de pesquisa e na organização de congressos e seminários que propiciam a troca de conhecimentos entre juristas dos mais diversos países.

O estreitamento dos laços acadêmicos entre Brasil e Portugal é constantemente buscado a partir de convênio institucional estabelecido entre Escola de Direito de Brasília (EDB/IDP) e o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da renomada Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A parceria tem rendido valiosos frutos, como os intercâmbios de docentes e pesquisadores visitantes das respectivas instituições, a publicação de obras científicas conjuntas e a concretização de eventos nos quais são debatidos os desafios atuais das ordens constitucionais brasileira e portuguesa.

O Seminário Luso-Brasileiro de Direito é um desses ricos espaços de difusão internacional do conhecimento jurídico. A terceira edição do evento, realizada entre os dias 07 e 09 de abril de 2015, em Lisboa, reuniu professores de renome do Direito Constitucional Contemporâneo, Juízes de Supremas Cortes, Ministros de Estado e advogados com o intuito de discutir as relações entre Estado de Direito, Direitos Fundamentais e combate à corrupção na Interface Portugal/Brasil. Com o empenho dos ilustres professores Doutor Jorge Miranda (ICJP/FDUL) e Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco (EDB/IDP) na Coordenação Científica do evento, possibilitou-se que os temas discutidos no Seminário fossem reproduzidos em mais uma relevante e primorosa publicação da Série IDP/Eventos.

Os painéis do evento, estruturados nos capítulos desta obra, abordam aspectos de vanguarda da teoria constitucional, como as peculiaridades da aplicação de princípios constitucionais enquanto parâmetros de controle de constitucionalidade em tempo de crise econômica e as vicissitudes do sistema político brasileiro na ordem democrática contemporânea. Também são postas em debate as perspectivas atuais da relação entre meio ambiente e desenvolvimento econômico e social e os desafios do combate à corrupção no exercício das funções políticas e administrativas do Estado.

A presente publicação foi organizada em uma linguagem fluida que materializa a rica dialética das discussões travadas no evento. Atual e provocativa, a obra demonstra o quão promissor o diálogo entre as comunidades acadêmicas brasileira e portuguesa pode se revelar para o enfrentamento de questões complexas postas as nossas democracias.

Boa leitura a todos.

1

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO PARÂMETROS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM TEMPOS DE CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA

Gilmar Ferreira Mendes*

*Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e Vice-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Doutor em Direito pela Universität Münster (1990), na Alemanha, e Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (1987) e pela Universität Münster (1989). É docente permanente do Instituto Brasiliense de Direito Público, professor-adjunto de Direito Público na Faculdade de Direito da UnB, colaborador do Centro de Investigação de Direito Público e membro-permanente da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito.

Cumprimentos ao professor Carlos Blanco de Morais, amigo do Brasil, aos professores Reis Novais e Nogueira Brito, também participantes deste painel, que tem como tema a discussão sobre a interpretação dos princípios constitucionais, como parâmetros de controle de constitucionalidade, em tempos de crise econômico-financeira.

Todos, no Brasil, também têm prestado atenção à jurisprudência e ao debate que se desenvolve em Portugal sobre este tema; nesse sentido, foi oportuna a presença do professor Carlos Blanco de Morais que atuou em Brasília e em Portugal, e relatou os episódios marcantes da jurisprudência portuguesa e dos incidentes que tiveram como pano de fundo a crise econômica que se abateu sobre a Europa e, particularmente, em Portugal.

É interessante atentar para dois aspectos que, também, têm como pano de fundo a crise econômico-financeira. O primeiro aspecto refere-se aos planos econômicos no Brasil, e o segundo, à questão dos precatórios, novela vivida por aqui desde o ano passado – com menos um desfecho provisório para a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Historicamente, é tradição no Brasil fazer o pagamento; hoje, fazer o pagamento dos entes públicos mediante os chamados precatórios, já está consolidado desde a Constituição de 1934. Estes precatórios são uma espécie de títulos adotados para que sejam colocadas as dívidas no orçamento, na disciplina da Constituição e até junho para que sejam pagas no exercício financeiro seguinte, como um fenômeno.

Na verdade, antes de 34, esses pagamentos aconteciam mediante inserção, inclusão destes débitos na lei orçamentária; isto gerou, especialmente na Velha República, o fenômeno das chamadas “Caldas Orçamentárias”; famosas caldas orçamentárias que eram, exatamente, a manifestação, uma das manifestações do nosso modelo patrimonialista – em que aqueles que tinham influência política conseguiam colocar os seus créditos no orçamento e, por isso, seriam candidatos a receber com maior presteza aqueles credos; os outros ficavam de fora. Por esta razão, foi engendrada uma fórmula especialmente republicana: os chamados precatórios.

A partir dos anos 70, com o fenômeno inflacionário, os precatórios passaram a não fazer mais fácil aquilo devido nominalmente de fato. E assim, foram-se originando fórmulas como precatórios suplementares ou complementares, porque a correção monetária acabava por estimular a correção de novos títulos. Chegando a 88, e como a Constituição previra a possibilidade de os estados emitirem títulos para pagamento de precatórios, isto resultou, como era de se esperar, numa grande fraude;

estados que não tinham tantos débitos de precatórios emitiram títulos para fazerem fundos e usarem em alguma outra finalidade; distorção denominada escândalo dos precatórios, a CPI dos precatórios.

Por outro lado, com a estabilização financeira trazida em 1994 pelo plano real, verificou-se que aquela montanha de débitos não seria mais degelada por esta estabilização, por assim dizer, com a infração ela continuara intacta

Pensando em uma solução, surgiu o parcelamento dos precatórios, ou seja, as dívidas já transitadas em julgado, consolidadas, portanto. Este problema deu origem à primeira emenda constitucional ao parcelamento dos precatórios, debatido intensamente pelo Supremo Tribunal que, após vários pedidos de vista e de alongamento desses julgamentos, chegou à conclusão em juízo ainda preliminar, portanto, em uma liminar, que a decisão de parcelamento de precatórios seria inconstitucional. Acontece que o término do julgamento pelo Tribunal aconteceu exatamente quando o parcelamento chegava ao fim e, portanto, a decisão não teve eficácia; representou quando muito uma advertência para que não houvesse outro parcelamento, ou que se tomasse cuidado. Diante disto, continuou o fenômeno, continuarão as dívidas.

Veja bem, a Constituição assegurou que o não pagamento dos precatórios, ou o atraso, poderia resultar numa intervenção federal da União nos estados, portanto, uma bomba atômica para uma situação deste tipo. Mas como todos os estados não pagam os precatórios, esta intervenção resulta, também, em ineficácia; um método dissuasório que acaba não sendo efetivo. Concitado pelos governadores, o presidente do Supremo Tribunal Nelson Jobim precisou tomar alguma providência.

Esse grande conserto realizado pelo ministro Jobim foi o estabelecimento de uma nova emenda ao parcelamento dos precatórios, a emenda 62, que criou situações de negociação com vários setores e engendraram-se formas de pagamento: leilões para pagar os precatórios, parcelamento geral para aqueles que dessem deságio, vinculação a uma conta nos tribunais para que esses tribunais recebessem um percentual – agora vinculado ao pagamento de precatórios de cada estado ou ente municipal - da receita líquida corrente. No entanto, a Ordem dos Advogados do Brasil entrou com uma ação direta de inconstitucionalidade, com os mesmos fundamentos da ação anterior, dizendo que era uma violação ao princípio da coisa julgada ou, pelo menos, direito adquirido, ato jurídico perfeito, tudo que se imaginava.

Fato é que discussões as mais variadas começaram no Supremo Tribunal Federal como, por exemplo, sobre os índices adotados na emenda ou qual índice seria mais favorável aos credores do que aquele adotado; numa situação clara de alongamento de dívidas, o Supremo declarou a inconstitucionalidade – como foi

relato desta emenda constitucional. Agora, em uma assentada, em duas assentadas, duas sessões, este Tribunal encerra o julgamento dando inconstitucionalidade. Encerrada a sessão, um Procurador do Estado foi à tribuna e alegou que, se esta emenda já vinha sendo aplicada há cinco, seis anos, como seria feita a modulação de efeitos?

A resposta veio do Ministro Fux, substituto do então relator Ministro Ayres Britto, quando disse que o tribunal cuidaria da modulação dos efeitos. Ao que parece, o tribunal não havia pensado nisso até aquele momento, ou seja, o que fazer quando viessem os embargos de declaração.

O interessante é que todos concordavam que a emenda 62 criara um modelo de vinculação que obrigava os estados e municípios a pagarem as contas, ainda que de forma parcelada. Mas com a proximidade das eleições, estados e municípios, especialmente os estados, governadores de estado, viram ali a chance de liberação de 1 ou 2% da receita vinculada, da receita líquida corrente, não se submeteram aos precatórios, porque o Supremo declarara inconstitucional; porque se ele manda pagar tudo e o estado julga-se sem condições de fazê-lo, também não pagaria nada. Assim pensou algum e, simplesmente, deixou de pagar.

E no mês seguinte à decisão do Supremo, os credores perceberam que os estados não pagariam e voltariam ao modelo anterior: "devo não nego, pago quando puder". Foi aí que a OAB – autora da ação – percebeu que tinha lidado com um fenômeno de jurisdição constitucional muito delicado e, pressurosa e aflita, acorre ao gabinete do procurador Ministro Fux, agora relator, e pede que seja feita uma liminar, claro que um tanto quanto peculiar.

Para que, enquanto não se soubesse o que ficaria decidido para a chamada modulação de efeitos – calcada no artigo 27, da Lei 9868 e que, de certa forma, anula o 282, 4 da Constituição Portuguesa – fosse dito, pelo menos, que a emenda constitucional, antes declarada inconstitucional, continuasse em vigor; em um interesse visível de pelo menos receber aquilo que vinha sendo pago, dar continuidade ao modelo. Intentando restabelecer a força normativa da emenda declarada inconstitucional, o Ministro Fux concede esta liminar, esta cautela.

Atitude inteligente, diga-se de passagem, porque brigar com os fatos em termos de jurisdição é bastante arriscado. Um grande autor brasileiro, juiz da corte suprema do Brasil em clássico da ciência política, professor Victor Nunes Leal e autor do livro Coronelismo Enxada e Voto, em que escreveu um texto interessante sobre técnica legislativa que dizia o seguinte: "Quem lida com leis é como acondicionar explosivos, o resultado pode não ser tão espetacular, mas pode ser trágico.". Sábias e precisas palavras quando o assunto é jurisdição constitucional, pois quem lida com a jurisdição constitucional também pode provocar desastres e este caso

representava um grande desafio. Após algum tempo, percebeu-se que não se podiam esperar os embargos declaratórios, que a questão sobre a modulação dos efeitos era urgente porque era necessário tomar conhecimento do que ia lá da norma declarada inconstitucional. Trazida a questão para o plenário pelo Ministro Fux, foi proposto referendar, de imediato, sua liminar. Isto pressupôs dizer que foi declarado inconstitucional, mas enquanto não souber como modular os efeitos, a emenda declarada inconstitucional fica em vigor.

Toda esta situação foi, no mínimo, vexatória, para não dizer, constrangedora. Teve início, então, a discussão sobre a locução dos efeitos, com propostas aqui ou acolá e, neste caso, inquestionavelmente, a inconstitucionalidade será com eficácia ex tunc, questão dos índices; com eficácia ex nunc será prospectivo. Um verdadeiro coquetel que ninguém sabia reproduzir. Era necessário sair deste dilema, desta situação aporética: muitas sessões, pedido de vistas, até porque era uma questão pendente, candente, um daqueles temas que não se resolveria. Afinal, foi construído um consenso com base em princípio, sem que se mexesse no passado – pois o que aconteceu, aconteceu.

Considerada a sessão realizada há três ou quatro semanas, foi dada uma nova disciplina ao tema; foram feitas algumas alterações em matéria de índice de correção, corrigindo, portanto, o que estava na emenda; e foi dito que a emenda continuaria em vigor por mais cinco anos. Dedução: a emenda parcelava os débitos até 2024 e esta conta, portanto, chegará a 2020, 2021.

Sem dúvida, esta decisão inspira certo cuidado, uma vez que existem dados indicativos de que alguns estados, e estados importantes do Brasil como o Rio Grande do Sul, por exemplo, não possuem condições de saudar os débitos; ainda que sejam acrescentados mais alguns anos, eles terão problemas no cumprimento desta decisão e, claro, ninguém imagina mover uma intervenção federal em relação a este estado. O grande problema deste modelo é que pressupõe que alguém vá como interventor e traga, também, o trem pagador, do contrário, isto não resolve. Foi proposto, assim, ao CNJ o estudo sobre a matéria, um levantamento e até a tarefa de apontar soluções, encaminhamentos legislativos e, até mesmo, legendas; que possibilitou a abertura de um diálogo institucional e abertura de possibilidade – veja o paradoxo – de uma nova emenda de parcelamento; para emendar o "inemendável". Só para prosseguir na chamada novela brasileira, este é o estado da arte em matéria de precatório; inegável que uma saída mais ou menos honrosa para o Tribunal.

Outra questão, e aqueles que lidam com o Brasil sabem, é a questão dos planos econômicos. Há algum tempo por aqui, existe uma tradição de planos econômicos, tendo em vista o esforço que se fez de combate à infração, especialmente, nos anos 80. Foram implantados inúmeros planos econômicos até que, em 1994 e com o êxito do Plano Real, logrou-se, de fato a estabilidade econômica. Alguns deles, lançados anteriormente, tiveram uma forte dose de intervenção na vida econômica, outros, menos; Plano Cruzado, Plano Verão, o próprio Plano Collor – chamado também de Plano Collor I – foram planos com mudanças de moeda e que tiveram fortes intervenções.

Claro, num contexto constitucional em que a Constituição garante, e esta é uma tradição brasileira, o chamado direito adquirido, o ato jurídico é feito, a coisa é julgada, como concretização da ideia de segurança jurídica, fica fácil para qualquer atingido por uma medida econômica dizer que seu contrato foi afetado, e que haveria direito adquirido.

Este é um debate antigo no Supremo Tribunal federal e na justiça como um todo. Em relação a medidas que envolviam mudança de padrão monetário, o Supremo, seguindo a tradição dos estudos sobre direito intertemporal e invocando, inclusive, Roubier e tudo o mais, afirmou que, em princípio, alteração do padrão monetário é uma mudança tão radical que afeta o contrato como um todo; uma mudança; por exemplo, uma mudança de instituto ou de estatuto legal da moeda não pode ser enfrentada com a tese do direito adquirido, ou do jurídico perfeito – entendimento mais ou menos aceito.

Após isso, o Supremo passou a fazer variações e dizer que isto valia para as situações gerais, quando se extinguisse um instituto, como aconteceu com a enfiteuse, mas não para os contratos. Isto foi aprovado graças à construção feita por influentes, importantes juízes do Supremo o Ministro Moreira Alves. Desta feita, o supremo passou a entender que, quando houvesse afetação, mesmo dos efeitos futuros de um contrato, haveria lesão ao direito adquirido; uma situação delicada fez-se, que foi a questão dos planos econômicos – até hoje não resolvida definitivamente.

Há ainda muitas pendências a despeito da estabilidade financeira associadas, especialmente, aos contratos bancários. A poupança, que é um investimento muito comum no Brasil afeta o interesse de um universo muito grande de pessoas e, hoje, esta questão aparece posta no Supremo Tribunal Federal, numa ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ação movida por associações bancárias e, também, recursos extraordinários que tratam desta matéria, planos econômicos. Tema delicadíssimo, com enorme repercussão sobre o mundo financeiro; não se fala de números, porque se diz que, de fato, se procedentes as ações contra o sistema financeiro, muito provavelmente haverá um cataclismo, dada a insegurança jurídica estabelecida.

Em alguns planos econômicos colocados em pauta, especialmente no Plano Bresser, o Supremo já deu entendimento de que a intervenção fora razoável: é estabelecida uma referencial – a tablita – que fazia

um reajuste; era impossível naquele quadro inflacionário tão intenso não proceder a uma intervenção nos contratos; mas em outros casos não, o Tribunal não tem pronunciamento sobre o tema. De forma que, resolve-se a questão inflacionária de alguma maneira e se consegue obter um quadro de relativa estabilidade financeira, mas o debate não termina.

De fato, existem algumas situações no Brasil que ficam pendentes por décadas, que é o provimento de vagas, as chamadas serventias extrajudiciais – que se eternizava; os cartórios são privados por aqui, mas têm que fazer um concurso público; a tradição é que se indicassem pessoas substitutas, os provisórios, que depois ficavam. Em algum momento, eles conseguiam um reconhecimento constitucional e quem tinha ficado tanto tempo continuaria no cartório por prazo indefinido.

Em determinado momento, recentemente, o Ministro Gilson Dipp, que foi corregedor e autor deste trabalho no CNJ juntou-se a outros ministros, enfrentaram esta questão e resolveram dizer não àquilo estabelecido pela Constituição; aquele dado como efetivo deve ser cumprido, mas quem não tinha cinco anos antes da Constituição de 88 não ficaria nos cartórios, e ponto final, e assim foi feito. Inegavelmente, colocou-se uma questão realmente delicada do ponto de vista de segurança jurídica, porque se dizia que essas pessoas cuja entrada provisória nos cartórios aconteceu após 88 já estavam com quase 20 anos, bem perto dos 30; e a questão não se resolveu; quanto à questão dos planos econômicos, também não se resolveu, até aqui.

Muito provavelmente, a tese do direito adquirido e do ato jurídico perfeito tenha servido para modelar, para modular impulsos; não é, por assim dizer, a aceitação da tese da excepcionalidade; ela é, de fato, difícil, especialmente quando essa excepcionalidade se torna regular, porque quando se tem uma intervenção – isso com relação a reformas monetárias, quase únicas na história do país, a situação muda; isso porque foram várias reformas monetárias: o Plano Bresser em 87, o Plano Verão em 89 e aquele mais radical, que foram dois seguidos, o Plano Collor e o Plano Collor I, em 1990.

Só para se ter ideia da gravidade de tal medida, além da mudança da moeda, ficou estabelecido que todos os depósitos excedentes a 50 mil cruzados novos ficariam retidos. Isto foi traumático para os mais jovens; para se ter ideia, as filas de pessoas, que queriam entrar na justiça para desbloqueio, viravam os quarteirões da Paulista; era um quadro de brutal insegurança. Mas as pessoas, de certa maneira, aceitaram a medida porque a inflação chegara ao ponto do descalabro; só para se ter uma ideia, no último mês da transição Sarney/Collor a inflação foi medida com índices de 84,32% - pasmem, pois era a inflação de apenas 1 mês; por isso, o Plano Collor I 84,32% aparece a toda hora na jurisprudência.

Este plano, inclusive, veio acrescido de uma medida que proibia a concessão de liminar contra qualquer medida do plano Collor; eis, portanto aquela série de medidas provisórias. E o Supremo se viu às voltas com a discussão da constitucionalidade desta medida provisória, que depois se converteria em Lei; o ministro Paulo Brossard afirmara logo que era completamente inconstitucional, mas o Tribunal também não quis, naquele momento delicado, arrogar para si a responsabilidade do fracasso do plano. Prevaleceu, então, a solução apontada pelo Ministro Sepúlveda Pertence em relação a esta medida específica, que a reconheceu como um pouco exagerada – uma forma sutil de reconhecê-la inconstitucional; mas o mais delicado do ponto de vista político é tirar o eixo deste plano econômico.

Certo é que o juiz, em cada caso concreto, poderá aferir se é caso conceder ou não liminar, e assim ficou até o final dos tempos. A medida nunca foi declarada, formalmente, inconstitucional, mas também não foi declarada constitucional; com isto, os juízes puderam, em cada caso, declarar a inconstitucionalidade da proibição da liminar e resolveram a questão. Vejam, portanto, a delicadeza deste caso, o Plano Collor, com a retenção dos ativos financeiros, nunca foi declarado inconstitucional pelo Supremo; formalmente, havia, inclusive, teses: o Supremo retardou isto, deveria ter declarado inconstitucional. Depois, para surpresa geral, aquilo que fora retido acabou sendo devolvido com a correção prometida; naquele momento para alguns não se tornara um investimento plausível.

O supremo se livrou desta discussão, mas subsiste agora o debate sobre o próprio Collor, no que diz respeito a essas poupanças, à incidência desses contratos. Esta questão deverá ser enfrentada pelo Supremo e dar o devido encaminhamento.

Certo é que, talvez, isto devesse ser tratado no âmbito de uma teoria em que não se vislumbrasse a possibilidade de invocação de direito adquirido, no plano da reforma monetária; certamente neste contexto não haja o invocar direito adquirido ou ato jurídico perfeito; contratos terão que ser revistos, mas com a preocupação de como o Tribunal encaminhará esta questão diante da jurisprudência anterior, que na situação decorrente de mudança financeira ou afetada por mudança monetária, não há direito adquirido; e daquela que diz que sim, os contratos devem ser cumpridos, e que os efeitos futuros destes contratos tem de ser satisfeitos, porque a mudança ocorrera quando o processo ainda não havia sido consumado.

E uma das questões, que inclusive guarda relação com esse debate que também se desenvolve em Portugal é aquela relativa à jurisprudência da crise e, embora o tema seja velho, aqui o último plano foi em 1991, pois o Plano Real de 1994 foi um modelo interventivo em que se logrou a estabilidade financeira; mas que, também precisa de tratamento do ponto de vista jurídico.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA CRISE

Jorge Reis Novais*

*Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa; Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Ex-Consultor para assuntos Constitucionais do Presidente Jorge Sampaio.

O tema a mim sugerido, Os Princípios Constitucionais na Crise, será especialmente direcionado ao público que aqui está. Como 99% dos presentes aqui são de brasileiros, procurarei tratar deste assunto fazendo uma intervenção dirigida, sobretudo, a um auditório que, acredito eu, não tenha domínio sobre esta matéria. Por ser Portugal um país pequeno, temos a vantagem de nos conhecermos todos e, por esta razão, torna-se fácil perceber aqueles que não são portugueses; além, é claro, da vantagem de termos tido, durante anos, debates acalorados, sobretudo entre os constitucionalistas, sobre os Princípios constitucionais.

Quando a situação é apresentada, percebe-se a falta de unanimidade entre os envolvidos; por exemplo, o professor Blanco de Morais fez uma apresentação sobre o que teria acontecido para se chegar a isso, com a qual não concordo. Por esta razão, procurarei de imediato ratificar o que aconteceu de fato, por não ter sido exatamente a explicação dada por ele sobre Portugal e a crise mundial dos últimos anos que afetou a Europa do Sul, principalmente este país.

Na verdade, Portugal se viu a braços com dificuldades financeiras enormes que o levaram a um pedido de ajuda financeira com condicionamentos. Não é a primeira vez que o país enfrenta uma situação destas; a diferença é que das outras vezes possuía moeda própria e isto significava ser possível resolver situações adversas por meio da desvalorização monetária. Em princípio, quando isto acontece não suscita dúvidas de caráter político como se é adequado ou se não é, muito menos de caráter constitucional. Portugal não podia mais recorrer a esta medida, porque agora o euro – moeda europeia – faz parte da economia local. Não sendo possível fazer uma desvalorização unilateral, qual seria a melhor forma de resolver o problema?

A solução que se apercebe para esta situação de grave crise financeira é por meio do aumento de impostos; é a partida a que normalmente se recorre nesse. E nesta via de aumento de impostos que os governos em funções e interior se orientaram. Acontece, porém, que é uma via muito particular, uma coisa particularíssima que não há outro país em que tenha acontecido desta forma. O governo daqui decidiu que haveria aumento de impostos para resolver a situação de crise; só que eram impostos para toda a população, não era um aumento generalizado de impostos, mas para duas categorias de cidadãos: os pensionistas, aquelas pessoas que já estavam aposentadas ou que

recebiam uma pensão já acordada em juízo e os servidores públicos. Apenas estas duas categorias sofreriam este aumento; não era uma redução de salários ou uma redução das pensões como afirmava o governo; não era uma coisa temporária ou um corte temporário, significava, portanto, um imposto que duraria anos, e somente para estas duas categorias.

Obviamente que para qualquer jurista isto suscita questões de constitucionalidade imediatas e óbvias, pois parece que foi enorme a violação do princípio da igualdade o aumento de impostos para categoria determinada de cidadãos. E isto é impossível em qualquer estado de direito porque, se o estado tinha prometido, se tinha contratado com os servidores públicos um salário, contratou com os aposentados uma pensão, e são exatamente estas pessoas as sacrificadas; é exatamente sobre elas que o governo vai aplicar o aumento de impostos, significa clara violação do princípio da igualdade e violação também de outro princípio constitucional, que é o da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima.

Fato é que quando estas questões chegam ao Tribunal Constitucional, os juristas já se põem atentos para saber o teor daquilo que chega ao tribunal, porque há partida. Aqui em Portugal há um instituto que, antes de as leis aprovadas entrarem em vigor, dá possibilidade ao presidente de pedir apreciação preventiva da constitucionalidade da lei, isto é, antes de começar a fazer estragos, quando há dúvidas de inconstitucionalidade, leva-se ao Tribunal Constitucional. Na verdade, são as mesmas funções do Supremo Tribunal Federal brasileiro quanto ao pedido de inconstitucionalidade.

Antes, aqui em Portugal, isto era feito por meio da lei do orçamento de estado; em seguida, a verificação da inconstitucionalidade cabia, primeiramente, ao Presidente da República – que, no fundo havia jurado cumprir a Constituição; em caso de dúvidas, entraria o Tribunal Constitucional.

Acontece que o Presidente não fez isso e não fazia isso. Era uma situação consumada, o governo aprovava, o parlamento confirmava e o Presidente deixava passar e, depois, quando a lei do orçamento já estava madura, era quase impossível para o Tribunal Constitucional dizer alguma coisa, porque nesse patamar Portugal entraria em cumprimento. Desta forma, teríamos nossos credores e uma situação de caos financeiro, ou seja, estaríamos em uma armadilha.

Claro está que depois, e de uma maneira exemplar, o Tribunal Constitucional, apoiado pela Constituição, conseguiu resolver este cerco por meio de uma modalidade – citada ainda há pouco pelo Ministro Gilmar Mendes – que é a modulação de

feitos. E para resumir nossa história, que é no mínimo curiosa e que também foi colocada pelo professor Blanco de Morais, mas com uma visão não muito exata, porque, a meu ver, quando isto chega ao Tribunal Constitucional, as inconstitucionalidades flagrantes ficam claras para qualquer constitucionalista colocado frente à situação. Curiosamente, dada a crise financeira em que nos encontrávamos, o Tribunal Constitucional não considerou isso tudo inconstitucional, algumas leis sim, outras, não.

Esta posição do Tribunal Constitucional foi bastante moderada, melhor dizendo, muito duvidosa, pois, como deixar passar certas medidas diante de inconstitucionalidades tão flagrantes. Mas foi o que ocorreu, grande parte destas medidas como, por exemplo, aumento para os pensionistas e salário dos servidores públicos. Em uma primeira fase, o Tribunal não os considerou inconstitucionais, quando elas violariam flagrantemente a Constituição. Mas a história mais curiosa de todas é que, a certa altura e já em 2012, o Tribunal começa a considerar que algumas dessas disposições eram inconstitucionais; veja bem, a história vem de 2010, portanto, dois anos depois.

O que, surpreendentemente, acontece em Portugal é que os constitucionalistas portugueses, praticamente todos eles – aqui ao meu lado tenho dois deles – se viraram contra o Tribunal Constitucional com uma fúria de criticismo como nunca tinha ocorrido no país. Deixo claro aqui, principalmente ao professor Jorge Miranda que parece indignado com tal afirmação, que não foram todos os constitucionalistas portugueses, mas a maioria deles. Para esta maioria, era inadmissível aquilo que o Tribunal fizera.

Sendo assim, o Tribunal Constitucional que mantivera aquela postura moderadíssima, sofria enormes pressões dos poderes políticos por um lado – o nosso Primeiro Ministro acusava os juízes do Tribunal de não terem bom senso e responsabilizava-os pelas dificuldades pelas quais o país passava; exemplo claro foi a intervenção do presidente da Comissão Europeia, que por acaso era um português nesta função, que vinha a Portugal e insinuava aos juízes do Tribunal Constitucional que não podiam fazer isto. Por outro lado, os constitucionalistas faziam barreiras, uma bateria de críticas ao Tribunal e chegaram a publicar um livro. Estes novos constitucionalistas que, para aquilo que temos em Portugal, são muitos, ex-juiz do Tribunal Constitucional e, sobretudo, alguns ainda não citados como é o caso do professor Blanco de Morais, que tinha também posições críticas, mas não fora convidado para escrever o livro, colocaram como inadmissíveis todas as posições do Tribunal Constitucional.

Pelas razões acima apontadas é que

se fez necessário um livrinho de respostas escrito por mim, em que procuro deixar a história clara a esses críticos. Recentemente, o professor Blanco de Morais apresentou que o Tribunal Constitucional considerou tudo inconstitucional e, por isso, algumas pessoas defendiam o órgão e outras criticavam. Reitero que não aconteceu bem assim, o Tribunal deixou passar algumas medidas, mas outras foram consideradas inconstitucionais e sofreu uma bateria de críticas por parte dos mais novos constitucionalistas.

Somente mais tarde, é que houve respostas às críticas destes constitucionalistas, não para defender o Tribunal Constitucional de forma irrestrita, mas para dizer que aquelas críticas feitas eram insustentáveis em Portugal ou em qualquer estado de direito. Faço um aparte para deixar claro meu pedido de desculpas ao professor Nogueira de Brito, que está entre as pessoas que escreveram o livro de críticas e a quem respondi pessoalmente quando se julgou ofendido. Reitero, inclusive, que o nome do professor Blanco de Morais, que também assume suas posições críticas, sentiu-se ofendido por não ter aparecido seu nome no livro. Mas, na verdade, quais foram estas críticas?

Dentre estas várias críticas, há aquela contrária à posição do Tribunal Constitucional em considerar inconstitucionais as normas dos impostos unilaterais sobre servidores e pensionistas, alegando que a Constituição não estava em vigor, ou, plenamente em vigor; e ninguém melhor que o professor Melo Alexandrino, aqui presente e um destes críticos, sobretudo, desta tese, para ilustrar isto. Ele saberá explicar, certamente, o porquê de não se aplicar a Constituição quando há uma crise financeira. E olha que o professor não era o único a dizer que O Tribunal não poderia aplicar a Constituição Portuguesa porque estávamos em crise. Oras, é justamente em uma situação destas que a Constituição deve ser mais aplicada, sem contar que, em uma situação de crise, a necessidade é duplicada.

Em uma situação adversa, as coisas resolvem-se bem pela via política, mas neste caso há uma pressão enorme sobre todos os direitos, os fundamentais e, designadamente, sobre os direitos sociais. Neste ponto é que os cidadãos precisam de um Tribunal Constitucional; se ele não puder agir, para que nos serve a Constituição, ou os direitos fundamentais? Obviamente, não se deve aplicar a Constituição como se não tivéssemos aqueles constrangimentos financeiros, pelo contrário, os juízes devem levar em conta tais constrangimentos por ser próprio dos direitos constitucionais.

Certo é que isso faz parte dos direitos fundamentais. Quando se fala em direitos fundamentais, em direitos sociais ou princípios constitucionais, são normas vinculativas que se aplicam sempre e se aplicam designadamente nas situações de crise. Naturalmente, todos os direitos fundamentais são direitos limitáveis, direitos que podem ser comprimidos, tudo depende da justificativa dada e da forma como se faz a limitação, ações verificadas pelo Tribunal Constitucional ou Supremo Tribunal Federal.

Há que se levar em consideração que, em uma situação de crise, são admitidas coisas não admitidas na normalidade do processo. Se há problemas de terrorismo, por exemplo, admite-se a privacidade nos aeroportos que não seria admitida em uma situação normal; se existe uma crise financeira, admitem-se limitações nos direitos sociais não admitidas em outro momento. Mas isto não representa que a Constituição não deva ser aplicada, deixe de estar em vigor, pelo contrário.

O que acontece é que o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal têm ido contra o contexto e realizam, constitucionalmente, decisões não legítimas. Certo seria verificar se as medidas aprovadas respeitam, ou não, estes princípios; por exemplo, seria legítimo imputar um imposto para apenas uma camada dos cidadãos por causa da crise financeira. Será que apenas os cidadãos a quem o estado prometeu ou com quem fez acordo devem sofrer com o aumento dos impostos para minimizar a crise, ou outros cidadãos também o devem? Sendo inconstitucional este processo, melhor colocar em pauta outras medidas para serem apreciadas.

Outra crítica dos juristas constitucionalistas portugueses ao Tribunal Constitucional é que estes princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade, da proteção da confiança, da segurança jurídica são princípios muito subjetivos, em que cada pessoa tem sua posição; umas favoráveis à tese de violação da igualdade, outras, contrárias; para algumas pessoas, isto é extensivo, para outras, não. Desta forma, e segundo os constitucionalistas, o Tribunal não pode aplicar estes princípios para verificar a constitucionalidade da lei; deve, apenas, aplicar aquelas normas constitucionais inequívocas, as chamadas regras; não se podem aplicar os princípios, somente as regras, aquelas objetivas, que toda gente veja.

Mas acontece que não pode ser assim, que isto não acontece desta forma em nenhum estado de direito, em nenhum país do mundo. Neste caso, os Tribunais Constitucionais dos Estados Unidos, do Brasil, da África do Sul, por exemplo, aplicam os princípios constitucionais, pois para aplicação daquelas normas inequívocas, que ninguém vê e a verificação de sua violação, não seriam necessários os Tribunais Constitucionais, pois qualquer tribunal de primeira instância resol-

veria de imediato.

Na verdade, estes constitucionalistas portugueses afirmam que, como tais questões são subjetivas, o Tribunal Constitucional não poderia se manifestar, não deveria decidir; isto significa dizer que não deveria haver Tribunal, nem mesmo justiça constitucional. Esta opinião é legítima, há muita gente que defende isto, que defende a não existência do Tribunal, nem justiça constitucional; quanto a isso, sem problemas, desde que façam uma revisão constitucional, mas enquanto houver uma Constituição em vigor, um Tribunal Constitucional e fiscalização de constitucionalidade, os princípios constitucionais devem, certamente, ser aplicados; afinal, são estes princípios constitucionais que garantem aos direitos fundamentais eficácia e efetividade, nada mais que isso.

É importante dizer que um direito fundamental é defendido por estes princípios constitucionais. Quando se parte do princípio de que estes direitos fundamentais são limitáveis, restringíveis, o que nos defendem são os princípios constitucionais; e, quando o governo os limita; e, sejam quais forem, não podem ser desproporcionais, mas extensivos a todos. Portanto, não se podem aplicar os impostos apenas a uma parcela dos cidadãos, e era isto, exatamente, o que o governo português estava a fazer.

Diante de toda exposição, percebe-se que é difícil para as pessoas estarem de acordo em todos os momentos, mesmo na contagem de tempo deste seminário as opiniões divergem.

Os cinco minutos restantes ficarão reservados para um último argumento, mesmo sabendo haver muitas outras coisas a dizer, é inquestionável que a maioria esmagadora dos constitucionalistas portugueses, com perdão da palavra ao professor Jorge Miranda que continua a olhar com um olhar zangado, mas lhe asseguro que não está incluído neste rol, defenderam, e ainda defendem – como não mentem o livro editado e os manuais universitários – que o Tribunal Constitucional aplique os princípios fundamentais, ele deve limitar-se a um controle de vivência, ou seja, só se deve anular por inconstitucionalidade aquilo que seja, evidentemente, inconstitucional e que não surjam dúvidas sobre esta questão; e o tribunal só entraria no processo quando as coisas tivessem bastante claras, quando não houvesse qualquer dúvida a respeito.

Veja bem, bastava que surgisse uma dúvida, que fosse levantada qualquer questão por um juiz do Tribunal Constitucional para que o órgão não pudesse considerar a inconstitucionalidade. A pergunta, então é a seguinte, onde, em qual lugar do mundo as decisões dos Tribunais Constitucionais têm de ser tomadas por unanimidade? Claro está que cada Tribunal possui uma

densidade própria, uma intensidade particular. É importante reconhecer quando a atuação de cada um deva ser mais restrita, mais firme, mais intensa, quando o bem prometido o bem que está a ser afetado, e o mais importante, quando a restrição terá maior gravidade.

Não somente em Portugal, mas em qualquer lugar do mundo, as restrições aos direitos fundamentais, caso esteja em pauta, devem receber um controle denso, intenso do Tribunal Constitucional, se for uma questão política; caso seja uma questão meramente econômica, mas com direitos fundamentais envolvidos, o Tribunal não faz simplesmente um controle de laço, mas intensifica, dá densidade ao controle.

Uma questão derradeira para o constitucionalismo português refere-se aos direitos fundamentais, porque para os constitucionalistas, os direitos fundamentais afetados não seriam, verdadeiramente, direitos fundamentais; pois, para a doutrina constitucional do país, existem espécies diferentes de direitos fundamentais: há direitos fundamentais de primeira, que são os direitos à liberdade; há aqueles de segunda, que são os direitos sociais análogos aos direitos de liberdade; direitos fundamentais de terceira categoria, menos relevantes, uma coisa, que são os direitos sociais; e para a maioria esmagadora da doutrina portuguesa os direitos sociais não são direitos fundamentais.

O engraçado é que a Constituição Portuguesa foi a primeira no mundo a colocar os direitos sociais na Constituição, nunca feito por nenhuma outra nação. Então, como se explica o acontecido nos anos seguintes, nas décadas seguintes, que foi a redução a nada desta opção constitucional pela própria doutrina? Ou seja, a doutrina constitucional considerou que os direitos sociais não são direitos fundamentais verdadeiros, porque o legislador no seu domínio tem margem total; somente quando faz algo completamente arbitrário, desproporcional, evidente, é que o Tribunal Constitucional pode intervir. Quando não é assim como está na Constituição, mas são direitos sociais, o órgão não pode intervir.

Felizmente, no Brasil, não é assim. Lá, os direitos sociais estão na Constituição e são considerados direitos fundamentais. Espero que em uma situação de crise financeira, não sejam restringidos estes direitos, como aconteceu em Portugal. Que o Supremo Tribunal Federal defenda, efetivamente, os direitos sociais, e os defenda em nome dos princípios constitucionais e em nome da Constituição em vigor.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS AGENTES PÚBLICOS

Miguel Nogueira de Brito*

*Advogado na área de Direito Público e de Assessoria Jurídica de Empresas, Professor Auxiliar na Faculdade de Direito de Lisboa, Mestre em Ciências Jurídico-Políticas e licenciado pela Faculdade de Direito de Lisboa (1989), Membro do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (1991-1996) e Assessor do Presidente do Tribunal Constitucional (2003-2007).

Cumprimentos aos membros da mesa, em especial ao Ministro Gilmar Mendes, cuja presença nos honra muito e a presença, aliás, que gostaríamos de ver sempre renovada.

Entrando indiretamente no tema, que, como todos já perceberam, é polêmico e um tema que traz a Faculdade de Direito e os juristas bastante divididos. O Professor Reis Novais começou por dizer que a leitura, a própria exposição de divergências que existem a este respeito em Portugal, não seria correta, e eu digo que a versão apresentada pelo Professor Reis Novais também não é correta, e, portanto, isso é de fato uma discussão que nos divide profundamente. Mas não podia deixar logo a partida de tomar posição sobre três pontos prévios, que assim quiserem, e que voto como pressupostos depois na minha exposição.

Em primeiro lugar, falou o Professor Reis Novais de um aumento de impostos sobre uma categoria de cidadãos, isto não corresponde à verdade, houve um aumento de impostos brutal sobre todos os cidadãos e sobre uma categoria particular de cidadãos. Houve uma redução salarial que evidentemente para os funcionários públicos, mas isto não só em Portugal, isto aconteceu na Europa e em muitos outros países. Aconteceu na Grécia, aconteceu na Irlanda, aconteceu na Espanha, portanto, aconteceram estas reduções salariais dos funcionários públicos, evidentemente, pode-se discutir substancialmente, isto não equivale a uma segunda carga fiscal sobre os funcionários públicos, mas à verdade que está em coisas diferentes, com nomes diferentes.

Em segundo lugar, queria dizer que é preciso não confundir a crítica ao Tribunal Constitucional, compor em causa a existência do Tribunal Constitucional e, na cabeça de todos os críticos do Tribunal Constitucional, claro, não está em causa, a existência do Tribunal Constitucional. O Tribunal Constitucional é instituição mais importante introduzida pela nossa Constituição de 76, e a instituição da qual depende em Portugal a vivência do Direito Constitucional. Em Portugal, existe fiscalização da constitucionalidade, formalmente consagrada em 1911, mas só com a introdução do Tribunal Constitucional é que, de fato, o direito constitucional passou a ser uma realidade com que os cidadãos pudessem contar.

É preciso, portanto, não confundir as duas coisas, tanto uma coisa é crítica, a outra coisa é pôr em causa

o Tribunal Constitucional e, precisamente, a crítica faz parte de uma cultura constitucional, julgo que ninguém ponha isso em causa.

E, finalmente, um terceiro aspecto é o seguinte: que contrariamente ao que poderá aparecer, a jurisprudência do Tribunal Constitucional nunca afirmou a violação de direitos fundamentais, pelas chamadas medidas da austeridade, não foram os direitos fundamentais, e sobre isso não há dúvidas.

Como diz o Professor Reis Novais, a nossa Constituição é generosa na previsão de Direitos Fundamentais e de direitos sociais em particular, mas eles não serviram como parâmetro para invalidar as medidas de austeridade do governo e, isto é, um aspecto importante que vale salientar mais à frente. Convém falar brevemente sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, que é de fato interessante, é inovadora, e merece ser conhecida e criticada. Depois, serão apontadas algumas linhas críticas dessa jurisprudência.

E, finalmente, um último aspecto importante, e que tem sido salientado por vários autores, em especial, os professores Blanco de Morais e Reis Novais, mas também por outros comentadores estrangeiros da nossa jurisprudência de crise, e que consiste em dizer que o Tribunal Constitucional apareceu como garante da soberania em Portugal; quem garantiu a soberania foi o Tribunal Constitucional, isto é, uma afirmação que, em princípio, causa estranheza, porque nós estamos habituados a dizer que a soberania nacional é afirmada pelo tribunal, já vamos ver em que sentido podemos entender isto.

Começamos, então, pela apresentação da jurisprudência do tribunal, essa compreensão dessa jurisprudência assenta no fundo três. Podemos falar em três pilares nesta jurisprudência, a jurisprudência sobre as reduções salariais, que é, sem dúvidas, a mais importante, mais significativa. A jurisprudência sobre os cortes nas pensões, e as reformas da segurança social e, finalmente, a jurisprudência sobre flexibilização do regime de contrato de trabalho dos trabalhadores em funções públicas.

São estas, de fatos, as três grandes dimensões da jurisprudência de crise. Em relação à primeira, à redução, às reduções salariais, podemos fazer uma distinção entre duas fases. Há um primeiro acórdão do Tribunal Constitucional, logo, no início de crise, validou a primeira grande medida de redução salarial que foi tomada ainda pelo anterior governo e é uma redução salarial importante, basta dizer que estão aqui em redução na ordem dos 13,5%. Todos os vencimentos superiores a mil e cem euros, superiores a mil e quinhentos euros, e reduções que atingiam todas as pessoas que recebem vencimentos por dinheiros públicos, desde o Presidente da República até aos trabalhadores das empresas públicas, passando pelos juízes.

Estas reduções salariais atingirão todos os trabalhadores em funções públicas, e o Tribunal Constitucional, na sua primeira decisão sobre esta matéria, considerou que a medida, atendendo, por um lado, ao seu caráter provisório, por outro lado, a situação de crise seccional próximo da bancarrota que o país atravessava, entendeu uma medida não inconstitucional, não violava o direito à retribuição, porque afirmou, e esta afirmação manteve-se em todos os acórdãos posteriores, porque afirmou que não existia direito fundamental a irredutibilidade da retribuição. Entendeu que esta medida não violava o princípio da proteção da confiança, porque considerou também que, atendendo ao seu caráter transitório e atendendo à situação seccional de crise, não podiam haver expectativas que prevalecessem sobre os interesses públicos em causa.

E finalmente, entendeu que esta medida não violava o princípio da igualdade, apesar de ela só atingir os funcionários públicos em sentido amplo, no sentido de pessoas que vencem, que são pagas por dinheiros públicos, porque a medida não era arbitrária, aplicando o velho texto, do princípio da igualdade, entendido como proibição de arbítrio, e chegou a dizer o seguinte: "estou a citar quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restante dos cidadãos, a quem está vinculada a exigência de um sacrifício adicional, é oportuno lembrá-la a prossecução do interesse público, não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual".

Portanto, esta é a primeira decisão do tribunal, e isso mudou, porque ela, de fato, significa o limite que o Tribunal Constitucional admitiu em matéria de medidas de redução salarial, porque elas não terminaram aqui.

Em 2012, apareceu nova medida, e essa medida consistia em para além destas reduções que se mantinha em vigor no novo orçamento, consistia em suspender o subsídio de férias e o subsídio de natal a todos os trabalhadores em funções públicas. O tribunal entendeu que o governo ia longe demais e invalidou está medida com base numa reformulação do princípio da igualdade, já não entendido como simples proibição de arbítrio, mas entendido como igualdade proporcional. O tribunal entendeu que, de fato, a medida não era arbitrária, que ela tinha uma justificação, e a justificação estava

a vista de todos, a situação de crise seccional que o país atravessa, mas entendeu que, ainda assim, está igualdade, apesar de não pôr em causa, não ser arbitrária.

Ela era desproporcional na desigualdade que se estabelecia, porque se entendia que podia haver um tratamento diferençável entre funcionários e outros, mas esse tratamento não podia ter como resultado que todo o peso do combate à austeridade assentasse sobre os ombros dos funcionários públicos.

Depois a medida foi invalidada, embora com uma restrição de efeitos, uma vez mais o tema que já foi aqui tratado é uma decisão também inovadora, porque a restrição de efeitos pela primeira vez foi fixada num momento posterior à própria decisão, ou seja, o tribunal aceitou que a medida inconstitucional continuasse a produzir efeitos durante todo o ano do orçamento, e, só no fim do ano do orçamental, a medida fosse invalidada.

O governo voltou novamente à carga dizendo, então, não ser possível suspender os dois subsídios de férias e de natal, ou suspender uns dos subsídios; e o tribunal manteve-se inflexível, não aceitando também esta medida, nem tão pouco a medida final que o governo tentou, que foi a de substituir o corte salarial dos 13,5% a 10%, por um corte mais amplo, começando em ordenados mais baixos; já não mil e cem euros, mais seiscentos e cinquenta euros, e estas porcentagens iam desde de 2,5% a 2,5% quando anteriormente eram 10%. Aqui a medida não passou no Tribunal Constitucional, e não passou ainda com base nesta nova fórmula de igualdade proporcional.

O segundo pilar de jurisprudência de crise é a dos cortes nas pensões e, de fato, estamos a falar de cortes brutais que, em alguns casos, é preciso dizer que podiam ir mais da metade das pensões recebidas pelos pensionistas. Obviamente que isto, nas pensões de montantes, já é consideravelmente elevado. Mas os cortes começavam logo a partir de pensões, aqui sim, de mil e cem euros, salvo erro.

Ora, o tribunal entendeu que esta medida não era este corte nas pensões, obviamente o corte nas pensões que acompanhavam as reduções salariais foi considerado inconstitucional, mas a chamada contribuição extraordinária de solidariedade, e esta sim podia atingir montantes superiores à metade das pensões recebidas. O tribunal considerou que não havia inconstitucionalidade, e, com base em vários argumentos, por um lado não estaria em causa nenhum direito fundamental, uma vez mais; por outro lado, não estaria em causa o princípio de proteção de confiança, atendendo a prevalência dos interesses públicos em

causa, e esta jurisprudência levou também a que fosse considerada inconstitucional um ou outro corte nas pensões. Nesta feita, um corte em que o governo procurava reagir à jurisprudência do tribunal, que no fundo recusava estas medidas de austeridade através de uma reforma estrutural das pensões e que introduzia a chamada contribuição de sustentabilidade, o tribunal recusou esta medida também.

E, finalmente, o terceiro pilar são as medidas em matéria de flexibilização do contrato de trabalho ou do regime laboral dos trabalhadores da função pública. A medida que estava aqui era uma medida que permitia o findo, um determinado período em que os trabalhadores poderiam ser colocados em situação de indisponibilidade, permitida ou em situação de requalificação como se dizia; se essa requalificação não fosse obtida, poderia existir uma sensação do contrato de trabalho. O Tribunal considerou que estava violado o princípio da proteção de confiança, uma vez que este regime, embora existindo para os trabalhadores do setor privado, não existia, ou não estava previsto, para os trabalhadores do setor público.

Feita esta recessão muito rápida de jurisprudência de crise do tribunal, devem ser considerados alguns aspectos: o primeiro aspecto é que o tribunal escolheu, como parâmetros do controle da constitucionalidade destas medidas, princípios gerais em vez de direitos fundamentais. Este é um aspecto que importa salientar. Reparem que, em relação aos princípios fundamentais, aqueles que o tribunal utilizou foram o princípio da igualdade proporcional, o princípio da proteção da confiança, e o princípio da proporcionalidade. Mas, de fato, aquilo que é mais evidente, é o recurso ao princípio da proporcionalidade, a igualdade proporcional, uma vez que já se ultrapassou a velha fórmula de igualdade como proibição do arbítrio, e se voltou à fórmula de igualdade proporcional. No fundo, significa introdução da proporcionalidade na estrutura da igualdade, veremos que isso poder dar azo a algumas dificuldades, mas, no fundo, o que está em causa é, uma vez mais, a proporcionalidade, e, mesmo na proteção da confiança, também é isso que acontece.

A proteção da confiança é um princípio que pode ser se quiser e representar como o velho, como a cabeça de gênio, aquela divindade da mitologia clássica, que olha simultaneamente para trás e para diante, e o que acontece com o princípio da proteção da confiança, olha para trás, na medida em que, por ter essas expectativas que tenham sido criadas, sejam legitimas em que tenha existido um investimento de confiança, portanto, é

um lado em que o princípio olha para trás, mas também olha para frente ,quando só protege a confiança, quando não existe um interesse público que deva prevalecer a imponderação, uma vez mais é a ideia de proporcionalidade que está em causa. Portanto, o tribunal acabou por utilizar uma expressão do inconstitucionalista português, professor Gomes Canotilho, de certa forma, por entre parênteses os direitos sociais nesta sua jurisprudência de crise, e reparem que, em alguns casos, isso é criticável, por exemplo, em relação à medida da contribuição.

A contribuição extraordinária social em que estarão em causa direitos dos pensionistas, e muitas vezes direitos, não apenas as pensões são as pensões, segundo o que chamamos de regime complementar, que são pensões, segundo o sistema de capitalização; portanto, pensões que refletem exatamente aquilo que foi pago ao longo de uma carreira contributiva e, se não está aqui, em causa um direito fundamental, então, de fato, é difícil perceber onde poderá estar em causa um direito fundamental; do mesmo modo o tribunal considerou, por exemplo, que reduções em prestações sociais, em caso de desemprego voluntário ou subsídios de saúde. Também não estava em causa um direito fundamental. É um primeiro aspecto crítico.

O segundo aspecto crítico é do princípio da igualdade proporcional, em que o tribunal afirma que a igualdade não é apenas proibição de arbítrio como até agora se entendia e entende em quase todas as jurisdições.

É claro que, depois a níveis mais exigentes do controle do princípio da igualdade, aquilo que nós chamamos as categorias suspeitas enumeradas no artigo 13 da nova Constituição, portanto, todo aquele tratamento diferenciado, com base na raça, nas convicções religiosas, nas convicções políticas, no sexo, estas categorias suspeitas, e já não há apenas igualdade como proibição de arbítrio, mas qualquer tratamento diferenciado é, em princípio, inconstitucional.

Mas o que o tribunal veio dizer foi uma coisa diferente, mesmo que não estejam em causa estas categorias suspeitas ou mesmo que não estejam em causa direitos fundamentais, pode existir uma violação do princípio da igualdade, mesmo que ela não seja resultante de uma medida arbitrária que trata as pessoas de forma discriminatória e com discriminação arbitrária, basta que haja uma desproporção. O grande problema que vai ter o tribunal no futuro é saber quando é que vai utilizar este parâmetro de controle e quando e que vai usar o velho parâmetro de controle do princípio

da igualdade, como proibição de arbítrio, esta é a grande questão, é uma questão, enfim, que, neste momento, só o futuro poderá dizer.

Finalmente, último ponto crítico, em certa medida, o tribunal foi dando indicações ao governo que invalidaria as várias medidas de redução salarial. O tribunal deu indicações ao governo que se admitia que houvesse reformas estruturais da função pública, reformas estruturais da segurança social, mas não medidas ad hoc, não medidas seccionais.

A verdade é que só essas medidas seccionais são apreciação global da jurisprudência de crise, as únicas medidas que passaram foram precisamente seccionais, o tribunal recusou quaisquer mudanças estruturais com o particular relevo para as mudanças no sistema, nos regimes da segurança social, que são, aliás, entendidas pelos especialistas como absolutamente necessárias. É necessária a introdução de medidas que respeitem um princípio básico de justiça entre gerações.

Um último aspecto, em que medida se pode dizer que o tribunal é garantia da soberania perante as medidas de crise, este é, de fato, o aspecto que me parece mais relevante até alguns grandes dois comentadores estrangeiros chegaram a dizer o seguinte: “as medidas do Tribunal Constitucional Português e que valem a reafirmação da soberania social de Portugal através do juiz da lei, e não do autor da lei“. Isto é motivo para alguma perplexidade, que é aquilo que estamos habituados a ouvir, e que o autor da lei e que exprime mais imediatamente a soberania popular, ou a soberania nacional, em que medida pode um tribunal ser afinal a garantia da soberania nacional, e aqui de fato uma apreciação que é apreciação de que o governo, em certa medida, deu as pressões da chamada Troika, pressões internacionais que estiveram na base destas medidas de austeridade, que foram negociadas diretamente com a Troika, e significa um representante do Fundo Monetário Internacional da Comissão Europeia e outra do Banco Central Europeu, que, por muitas vezes, eram vistas deformando, a qualidade democrática das leis da assembleia da república que aprovaram estas medidas de austeridade.

Este é, de fato, o aspecto mais dramático de toda está jurisprudência, começar a haver apreciação de que um órgão sem legitimidade democrática direta é afinal o último garante da soberania nacional; este é, de fato, um problema que merece a nossa reflexão, merece, enfim, a nossa crítica sobre as medidas de austeridade, já não são em Portugal, mas também em todos os países da Europa.

2

DIREITOS FUNDAMENTAIS

MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL

Carla Amado Gomes*

*Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Publicou obras nas áreas de Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito do Ambiente e do Patrimônio Cultural, Direito da Educação; Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

Agradecimentos ao professor Blanco de Morais, que não está presente, participo pela primeira vez de um seminário luso-brasileiro de direito; e o assunto a ser abordado por mim faz referência à matéria a qual leciono; tenho a pretensão de saber alguma coisa. Lembrando, precisamente, que não há contos de fadas no direito ambiental.

O painel de direitos fundamentais possui um grande tema, que é o Meio ambiente e desenvolvimento econômico-social. O tema será abordado em cinco partes: a primeira parte estava relacionada à questão ambiental, que é um direito real nacionalmente e internacionalmente quer no plano político , social ou econômico desde a década de 70 e há também a Declaração de Estocolmo na primeira grande Conferência Mundial sobre a problemática ambiental de 1972, e nessa declaração o princípio 1 é aquele do qual vão sair normas como a do 225 da Constituição Federal de 88, ou como o Artigo 66 da Constituição da República Portuguesa, todos têm o direito de viver num ambiente sadio, ecologicamente equilibrado e o dever de defender; é o que dizem as Constituições brasileira e portuguesa.

Essa questão da proteção ambiental provoca tensões muito fortes, e a atenção imediata é com a economia, porque é do que tem-se vivido ao longo dos séculos, da utilização dos bens naturais; eles são, naturalmente, o foco de atenção para geração de riqueza, conforto e de bem-estar, e por isso o que o direito ambiental se torna antipático, porque vem dizer para todos o que pode e deve fazer, o que não se pode continuar a fazer, pelo menos do mesmo jeito; e, naturalmente, numa época de crise, tudo que não se quer fazer é travar o desenvolvimento econômico, já há muito desemprego, é preciso criar e manter emprego, e para isso é preciso manter o comércio, a indústria, é preciso consumir e o consumo traz dilapidação dos recursos naturais e dos bens ambientais. Então tem-se uma equação de resolução difícil, há de se manter um determinado nível de qualidade ambiental, mas também não pode perder a qualidade de vida e bem-estar das populações e ninguém ainda descobriu a fórmula para resolver isso, e tem sido dado prevalência à economia. O Relatório Brundtland de 1987, que preparou a conferência Rio de 1992 lançou uma fórmula que tem sido utilizada até a exaustão, desenvolvimento sustentável ou sustentado, que fica melhor como sustentabilidade.

Esta fórmula, diz basicamente, que a geração presente tem a responsabilidade de manter os recursos que lhe foram dados pela geração anterior, e proporcionar às gerações seguintes um nível de opção que não reduza significativamente essas opções, ou seja, manter e gerar bem-estar, mas sobretudo, pensar

15/03/16 19:08

para a frente e não diminuir opções das gerações futuras. Essa ideia de desenvolvimento sustentável tem um radical que não é identificado com as teorias da Professora Edith Brown Weiss, da Intergenerational Northen, da equidade, da solidariedade, da responsabilidade intergeracional; a ideia de Weiss é mais uma ideia de decência, a geração presente tem que ter a decência de não inutilizar irreversivelmente opções das gerações futuras, e se isso fosse feito, poder-se-ia gerar um mecanismo de responsabilidade da geração presente perante as gerações futuras.

Os autores que têm estudado essa ideia de responsabilidade, solidariedade para o futuro têm enfrentado muitas dificuldades jurídicas, pois do ponto de vista ético, ninguém vai contestar essa tese, que a geração presente tem algumas responsabilidades perante as gerações futuras, mas do ponto de vista jurídico, não sabe como se efetiva essa responsabilidade. Há correntes que contestam a questão de privilegiar as gerações futuras antes de fazer uma correta distribuição entre as gerações presentes, se há tanta gente vivendo mal, por que não privilegiar primeiro a solidariedade intergeracional. Há alguns mecanismos de operacionalização desses instrumentos no plano estadual; nem tudo é vácuo, nem tudo é vazio, o exemplo muito interessante de solidariedade interacional entre estados é o caso do fundo das Ilhas Marshall. As Ilhas Marshall são arquipélagos das ilhas do Pacífico, que têm o maior nível de radioatividade do mundo, por que os americanos desenvolveram um intenso programa de testes nucleares durante os anos 50 e a radioatividade ficou lá e isso começou a provocar problemas de saúde muito graves na população, os estados se entenderam e decidiram constituir um fundo para compensar os males, os danos, os prejuízos, os desgostos, as angústias de todas as pessoas que padecem de qualquer formação, doença ou incomodo decorrente da vivência naquele território. Isso é uma forma da geração dos 50 se responsabilizar pelo bem-estar de uma geração que ocorre 60 anos depois. Uma outra questão em termos de responsabilidade, de solidariedade entre estados no presente é o Protocolo de Kyoto, porque ele possui dois anexos, o anexo dos países desenvolvidos e o anexo dos países em desenvolvimento, só os países desenvolvidos estão obrigados a cumprir as metas de Kyoto, e naturalmente, aqueles que ratificaram o protocolo, os outros não estão obrigados a isso, pelo menos por enquanto; mas já se fala de trânsito de alguns estados para o anexo I, nomeadamente até do Brasil, por força do desenvolvimento econômico industrial que o país vivencia. Os princípios das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, entraram para a declaração, no Rio de Janeiro em 92.Todos os estados devem proteger o ambiente, mas há um conjunto de estados, basicamente os estados do hemisfério norte, que têm uma dívida histórica para com os estados do hemisfério

sul, porque já levaram a dianteira na dilapidação dos recursos, e agora, em nome do ambiente, querem prevenir o aproveitamento dos recursos pelos estados do hemisfério sul, seriam dois pesos e duas medidas, essa ideia da equidade, das responsabilidades como uso, porém, diferenciadas está bem patente nesta questão do Protocolo de Kyoto, quem está obrigado a reduzir emissões. Quem pode continuar, mas ainda mitigando as suas emissões a explorar os seus recursos.

A justiça ambiental no sentido da distribuição e de acesso dos estados aos recursos e da possibilidade de exploração, não é uma realidade, naturalmente fala-se num plano utópico, mas tem havido algumas tentativas, ainda que de eficácia criticável, no sentido de repor de algum jeito essa igualdade, essa possibilidade de distribuição equitativa de recursos e de opções entre estados, mas o que acontece no plano estatal, no plano interno? Ela relata que aproveita a sugestão de uma candidata a orientanda que propunha a ela fazer uma dissertação sobre racismo ecológico e que ela prefere a fórmula de racismo ambiental. Relata que o tema não é muito popular e nem agradável, mas foi descobrir o que era racismo ambiental e encontrou um texto clássico de um autor americano e um texto muito interessante de uma jurista brasileira que publicou um artigo online numa revista de estudos sociais de Coimbra, sobre o tema e depois até mais focalizado na realidade brasileira.

Este movimento do racismo ambiental surge nos Estados Unidos na década de 80 com um caso que desencadeou esse movimento contra o racismo ambiental. Uma empresa quis colocar um aterro de Bifenilos Policlorado numa determinada comunidade predominantemente negra, e essa colocação do aterro provocou tumultos e mais de quinhentas prisões, isso chamou atenção da comunidade política para esse problema, e ele foi ser estudado. E no ano seguinte em 1983, esse estudo foi publicado, e demostrou que a distribuição espacial dos depósitos de resíduos químicos perigosos corresponde e acompanha a distribuição territorial das etnias pobres dos Estados Unidos. O lixo, a poluição, o resíduo perigoso, a toxicidade segue as comunidades mais frágeis, e sobretudo, se elas são negras, isso foi comprovado, não era apenas um movimento de circunstância.

Novo estudo em 1987, confirmando, mas dizendo atenção não só os negros; são também os latinos, os índios, e genericamente as pessoas de baixa renda e isso acabou por gerar uma necessidade de uma definição de injustiça ambiental e de racismo ambiental que venha a ser a imposição desproporcional, intencional ou não de resíduos perigosos às comunidades de cor. Essa é a definição de racismo ambiental adotada por alguns estudos desenvolvidos por pessoas da comunidade negra, a agência ambiental dos Estados Unidos matizou um pouco essa definição, falando em justiça ambiental,

extraindo a questão do racismo, corresponde a um tratamento justo, a um envolvimento efetivo de todas as pessoas independentemente da raça, cor, origem, nacional ou rendimento, com o desenvolvimento, implementação e aplicação das leis ambientais.

De certa forma, retirou-se aquela carga negativa de discriminação pela cor, e adotou-se uma fórmula mais positiva, tentando descobrir como combater isso, envolvendo todas as pessoas, independentemente do seu sexo, raça, etnia, na promoção da qualidade ambiental através da participação na política ambiental; isto corresponde à tendência jurisprudencial dos Estados Unidos, porque várias vezes foi tentado a atacar decisões das entidades públicas nos tribunais, invocando que aquela usina, aquele parque industrial iria violar os direitos, basicamente um direito à igualdade, a viver sadiamente, de um determinado conjunto de pessoas identificadas por um credo, por uma etnia, por uma raça; mas os tribunais dos Estados Unidos sistematicamente rechaçaram esse tipo de argumentação, que faltava prova de intuito discriminatório específico, as motivações é o mais de provar num tribunal.

As associações ambientalistas e as comunidades passaram a utilizar a parte procedimental, a questão da participação do acesso à informação e à justiça. Há um caso paradigmático de 1991, mais uma vez uma comunidade que foi surpreendida com a implantação de uma indústria perigosa, uma comunidade predominantemente latina , e que atacou essa decisão de localização junto ao tribunal, que analisou por duas frentes: o estudo de avaliação de impacto ambiental e a análise das questões em debate das alternativas foi uma análise deficitária. A decisão do tribunal foi de invalidar esta questão, porque o aviso da localização e a consulta pública no âmbito da avaliação de impacto ambiental, foram feitos apenas em inglês, não houve tradução espanhola e, 40% dessas pessoas que vivem na comunidade, só falam espanhol, isso é do conhecimento público; excluíram essas pessoas da discussão, da participação, da argumentação contrária, e com esse argumento o tribunal invalidou aquela decisão.

É muito difícil provar o intuito desigualitário, para essas pessoas exercerem seus direitos de forma idêntica, tem que se ter acesso à informação, poder participar, e se as coisas correrem mal, a decisão for de fato desadequada, devem poder ter acesso à justiça. Essa é a abordagem que de certa forma resume a questão da injustiça ou injustiça ambiental do modo como a jurisprudência tem visto. Há, ainda dois pontos interessantes, primeiro sobre um texto do Professor Ludwig Gramlich em textos publicados em homenagem ao professor Gomes Canotilho sobre o conceito de justiça ambiental na União Europeia; não, se percebem esses termos nas leis europeias, e nenhum tratamento dessa questão pela corte de justiça da União Europeia.

A questão é que as leis europeias, as leis ambientais europeias têm alguma eficácia, há uma Europa do Norte que cumpre bastante as leis em termos ambientais; a Europa do Sul é um pouco mais laça no cumprimento das leis ambientais, mas de fato não há situações de justiça gritantes, como os que ocorrem nos Estados Unidos, que a justiça é mais eficaz, porque, talvez, a sensibilidade seja diferente, e quando essas situações ocorrem, convém que sejam vistos quais os níveis de tolerabilidade aceitáveis; caso tenha ultrapassado, os cidadãos podem ir à justiça e exigir das autoridades públicas planos e medidas de abaixamentos desses níveis poluentes. Segundo ponto, todo mundo participa, tem acesso à informação e à justiça, é uma realidade na Europa. É inevitável, no estado de complexidade em que a civilização se encontra, que haja situações em que determinadas comunidades e localidades sejam mais sobrecarregadas com olhos ambientais do que outras.

Em Portugal, houve um problema de uma co-incineradora, eram duas cimenteiras com incineração de resíduos perigosos, não se podem queimar os resíduos a céu aberto, tem que se fazer isso em local fechado para que os riscos sejam minimizados; decidiram substituir um risco por outro, fizeram a incineração saindo pela chaminé; quem vive mais perto ficou mais prejudicado, isso deu batalhas judiciais intensas e prolongadas, é certo que em algum lugar, estas incineradoras têm de ficar, mas ninguém as quer próximas a si. Para o bem da nação, algumas pessoas, algumas centenas de pessoas, até milhares de pessoas, têm que ficar prejudicadas, pense nas centrais nucleares, não há em Portugal, mas existe uma perto, na fronteira com a Espanha. Essas pessoas que estão expostas a riscos maiores do que o normal têm direito a alguma compensação? Os portugueses e a União Europeia já conseguiram chegar a um regime de compensação por dano ecológico, quando se provoca um dano ecológico, há um diploma que diz como reparar, quais são os critérios de reparação, de compensação.

Em alguns lugares como o Brasil, África e até mesmo em Portugal essa compensação é feita por meio da barganha. A empresa que ganha para fazer uma barragem ou outro empreendimento que vai arrasar uma vila, destruir casas, impedir as pessoas de visitarem os entes queridos no cemitério, porque elas têm que se deslocar para dali a cem quilômetros, porque ali vai ficar alagado, destruído, são compensadas de forma bem simples, até mesmo através de um político local não confiável. Não há soluções.

São necessários critérios que efetivem a redistribuição desses ônus, para que todo o país se beneficie do desenvolvimento. Não há como quantificar esse dano, que não apenas patrimonial, também é um dano moral, e já que é preciso que isso aconteça, os legisladores deveriam pensar numa fórmula pela qual os danos das pessoas envolvidas ficassem melhor servidas.

DIREITO AMBIENTAL

Leonardo Papp*

*Advogado e sócio da Papp, Taranto & Chaves Advocacia e Consultoria. Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Federal de Santa Catarina; Especialista em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Professor de Direito Ambiental, Direito Imobiliário e Teoria do Direito; Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Membro da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), do Conselho Estadual de Meio Ambiente (COSEMA/SC) e do Grupo de Acompanhamento da Implantação do Código Florestal.

Cumprimentos a todos, especialmente aos colegas de mesa. O tema a ser tratado é realmente intrincado. O assunto Meio Ambiente é, talvez, um dos maiores desafios da humanidade hodiernamente.

A sociedade vive exclusivamente a questão ambiental, isso por si só já é um grande desafio. Do que vai ser feito com esse planeta a partir do que já se chega ao estágio em que se está. Quando se refere à questão ambiental, a necessidade de compatibilizar com aspectos de desenvolvimento econômico e social, o problema se torna muito mais complexo, porque a expectativa não é apenas a de preservar esse planeta para as futuras gerações, mas viver com padrões de vida materiais extremamente elevados, e essa é uma conjugação muito difícil; se é possível ser feita na prática.

No momento atual, ainda há um terceiro ingrediente que é o querer preservar o meio ambiente, com desenvolvimento econômico social, num contexto de crise econômica, presenteada por escassez de recursos. Aquilo que não é percebido como essencial possui o seu tratamento negligenciado e, infelizmente, as questões ambientais não são percebidas como essenciais. Assim, em momentos de crise econômica, a tendência é que as questões ambientais sofram de maneira ainda mais efetiva, porque a canalização de recursos vai para outras que, talvez, inadequadamente, sejam consideradas prioritárias naquele determinado momento.

Diante disso, não há a pretensão de construir uma teoria que possa resolver esse problema triplamente intrincado. A pretensão é muito mais simples, a partir de algumas questões pontuais, quer olhar como o direito ambiental vem sendo produzido e aplicado no Brasil, para tentar compreender um pouco desses desafios desse direito, para gerar esse resultado de compatibilização de proteção ambiental e desenvolvimento econômico social; ver qual é o estado da arte, como fazer isto no direito brasileiro; e como a academia pode contribuir para dar os próximos passos e atingir resultados mais adequados.

O primeiro tópico é bem simples, direito ambiental é uma disciplina nova, não há normas jurídicas sobre recursos ambientais. A lei existente é aquela relativa aos recursos ambientais, e muito, muito antiga, de décadas ou séculos. Para dar um exemplo – e diz respeito à relação Brasil / Portugal, na época em que esse era colônia portuguesa e que, portanto, o ordenamento jurídico

era determinado pelas ordenações, mais especificamente pela ordenação Filipinas – já existia uma norma jurídica dizendo que todo aquele que cortasse Pau-Brasil sem um escrito, sem uma autorização do provedor-mor, estaria sujeito a uma pena de perda de todo o seu patrimônio e morte, se essa norma valesse nos dias de hoje, faltaria guilhotina lá e cá. Então o direito ambiental involuiu nesse período? Não, porque a norma que tratava de recursos ambientais não era a mesma coisa de direito ambiental, era severa naquele período.

Isto porque os recursos ambientais eram vistos por uma dupla dimensão; primeiro por uma produção produtivista; o recurso da natureza tinha valor econômico, e como valor econômico o direito precisava proteger. Proteger para aquele que era o seu proprietário individual; e aí está a segunda vertente dessa primeira visão, dessa primeira aproximação do direito com os recursos naturais. Então, durante séculos, houve bastante regulação jurídica sobre recursos naturais, mas nessa perspectiva produtivista só interessa como recurso econômico, e nessa perspectiva individual, só interessa porque foi atribuída a propriedade desse recurso natural com valor econômico com alguém que precisa ter uma tutela conferida pelo direito.

Obviamente não é mais a situação de hoje, no caso do direito brasileiro, paulatinamente, houve uma guinada dessa visão ao longo do século XX, e talvez, o ponto principal dessa transformação seja a constituição de 88.

A constituição de 88, ao inserir um capítulo inteiro sobre o meio ambiente, embora seja um capítulo de um único artigo, transformou significativamente o status jurídico do meio ambiente. Esse passou a ser um bem juridicamente protegido a partir da constituição de 88. Vários autores no Brasil dizem que passou haver um alargamento da tutela jurídica do meio ambiente, alargamento em vários sentidos, primeiro no próprio conceito.

Hoje a maioria da doutrina no Brasil entende que meio ambiente não é só natureza, meio ambiente também abarca aspectos culturais e aspectos artificiais, para alguns, inclusive, aspectos de trabalho. Meio ambiente no Brasil, por conta do tratamento constitucional é um bem cuja titularidade é também ampliada. Os titulares do direito fundamental relativo ao meio ambiente não se restringem apenas aqueles que têm personalidade jurídica, aqueles que estão vivos, nasceram vivos para usar a dicção do código civil, mas também são titulares do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado as futuras gerações, o que um grande alargamento em termos de titularidade desse direito. Há também o alargamento funcional.

Hoje em dia, ao contrário daqueles primórdios, a tutela do meio ambiente não se dá apenas pelo seu econômico, se dá também por ser um elemento essencial à qualidade de vida sadia, das presentes e das futuras gerações. E mais do que isso, também há um alargamento no que diz respeito à natureza jurídica do meio ambiente na constituição, ela passa a ser, como disse o Professor Ney, um direito fundamental, hoje pelo menos na jurisprudência do supremo não existe mais muita discussão em relação a isso devido aos precedentes; e passa a ser um direito que se destaca da ideia de propriedade individual, ele é um bem de uso comum do povo, no sentido próprio, ao mesmo tempo em que sobre um determinado pedaço de solo existe o direito individual de alguém, sobre este mesmo pedaço de solo concomitantemente incide um direito que é de todos por conta da função ecológica desempenhada por aquele local.

Finalmente, na Constituição Federal houve um alargamento de proteção do meio ambiente no que diz respeito a sua relação com os demais direitos fundamentais, a ideia de coalizão de direitos fundamentais é inerente, inclusive, quando se trata do tema meio ambiente na Constituição de 88; obviamente que a colisão com o desenvolvimento econômico é a mais premente, a mais em voga, e muitas vezes só olha essa discussão neste binômio.

Mas existem vários outros direitos fundamentais que também estão envolvidos nas discussões ambientais, desde redução das desigualdades regionais, passando por modos de vida - secularmente desenvolvido no país - até mesmo no que diz respeito à proteção de minorias, por exemplo, quando se trata da relação entre população urbana, que é a ampla maioria no Brasil, e população rural que tem aí um contingente de pessoas menores, e um acesso à informação e empoderamento, inclusive jurídico, também menor.

Fato é que o direito ambiental trouxe desafios novos a partir da Constituição Federal de 88. E o segundo deles é saber como se resolvem esses desafios; os desafios são novos, mas sempre se procurou resolvê-los com ferramentas antigas - ferramenta jurídica construída para dar conta de outros problemas; para lidar

com desafios que são absolutamente diferentes, como é o caso do direito ambiental. Quando se tem uma tradição jurídica de direito legislado, é comum imaginar que quanto mais lei, melhor para proteção de um determinado direito, inclusive um direito fundamental, e isso aconteceu no Brasil nos últimos anos. Leis ambientais passaram a ser produzidas envolvendo todos os aspectos relativos à questão: saneamento básico, resíduo sólido, cidades, florestal, biossegurança, agrotóxicos, e assim por diante. Vive-se essa expectativa, esta percepção de que para um direito ser protegido, ele precisa ser hiper legislado; este itinerário o direito ambiental brasileiro tem seguido nos últimos anos.

Só para se ter ideia, foi encomendada em 2012 uma análise da produção legislativa federal em matéria ambiental do ano anterior, em 2011; o ponto de partida era que não se sabia quais eram as leis e nem como avaliar a qualidade dessas leis. O resultado a que se chegou, analisando dia a dia o Diário Oficial da União, foi que, apenas no ano de 2011, foram editados 211 atos normativos federais que tratam da questão ambiental, e esses 211 atos normativos federais concentram nada mais, nada menos do que onze mil e setenta e seis dispositivos, Artigo, Caput, Parágrafo, Inciso; em um único ano, num país cuja competência legislativa em matéria ambiental é concorrente; a pesquisa se restringe, portanto, à produção legislativa de um único ente federativo. Seria impossível reproduzir isso para os 27 estados da nação, e por cinco mil e tantos municípios que também têm competência em matéria ambiental. De qualquer modo, essa é a ferramenta, uma das que se tenta utilizar para dar conta desses novos desafios.

A segunda ferramenta tem a ver com a tradição coativista do direito, a matriz jus positivista vê o direito como um complexo de normas coativas, e, portanto, não basta fazer leis, produz leis basicamente a partir do binômio e licitude e sanção negativa. Então, a maneira de proteger o meio ambiente é estabelecer deveres individuais, porque a sanção precisa ser individual, para aqueles que descumprirem esse dever individual sofrerem uma sanção de caráter negativo, e com isso ter protegido o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tanto no momento da produção legislativa, quanto no momento da aplicação da lei, inclusive pelos tribunais.

Essa função repressiva do direito ambiental é muito evidente, tanto que professores de Portugal ensinam isso no Brasil; o princípio do poluidor, o pagador é a pedra angular de todo o direito ambiental, que nada mais é do que a reprodução da função repressiva do direito por meio da imposição da internalização das externalidades ambientais negativas. Fala isso na legislação ambiental na esfera administrativa, pelo menos em termos formais é muito evidente e muito forte a responsabilidade administrativa em matéria ambiental.

De acordo com o estudo do Tribunal de Contas da União, no Brasil a autarquia federal que mais impõe multas administrativas é o IBAMA, a maior quantidade é de multas administrativas impostas no âmbito federal, vai instituto brasileiro de meio ambiente, recursos naturais renováveis, não só a maior quantidade, como o maior valor médio por multa aplicada também vem da autarquia responsável pelas questões ambientais, mais uma vez é a expectativa que com muita punição é capaz de proteger o meio ambiente.

Indo para o aspecto judicial, a jurisprudência dos últimos anos, especialmente dos tribunais superiores, e mais especificamente do STJ, revela uma tendência de ampliar as hipóteses de aplicação das legislações ambiental, e tornar mais severas as sanções que são aí pelos tribunais. Há vários exemplos disso na esfera administrativa, o reconhecimento da aplicação da teoria do risco integral como método de responsabilidade civil, nem caso fortuito e nem força maior escusa aquele que praticou um dano ambiental em cuja atividade foi verificado um dano ambiental. Não escusa, não exime de aplicar as medidas de reparação, por exemplo, em matéria penal, vê-se desde o reconhecimento da constitucionalidade da criminalização de condutas de pessoas jurídicas, que é uma novidade em comparação com outras áreas do direito brasileiro, até mesmo, a flexibilização dessas medidas de responsabilização, por exemplo, com recentes decisões dos tribunais superiores, que afasta a necessidade de aplicação da teoria da dupla imputação, ou seja, é possível responsabilizar a pessoa jurídica criminalmente, ainda que não tenha um réu, pessoa física dessa forma.

Esses são alguns dos exemplos que indicam que além de produzir leis dentro da tradição, ela é repressiva. A proteção do meio ambiente se dá através do agravamento de uma severidade cada vez maior na imposição dessas leis. O último ponto é reconhecer que precisa ter mecanismos repressivos de proteção ambiental. Surgem, então, dois questionamen-

tos, e esses dois questionamentos servem, a título de sugestão, como a doutrina pode contribuir para a produção desse direito. Primeiramente, esses instrumentos estão funcionando, porque nossa tradição jurídica está acostumada a fazer a discussão no plano da validade de justiça, a norma é jurídica porque válida, ou a norma precisa ser justa para ser jurídica, a tradição é muito ligada a isso por causa das grandes discussões teóricas travadas em torno do positivismo, e da sua tentativa de superação.

Há uma tendência, inclusive acadêmica, de esquecer o outro aspecto do fenômeno jurídico, que é eficácia, a eficácia social, ter muitas leis, e aplicar no plano formal, severamente; essas leis geram os resultados que está propondo, um exemplo, são as multas aplicadas pelo IBAMA como sendo autarquia que mais frequentemente sanciona administrativamente no âmbito federal. De acordo com o relatório do Ministério da Justiça em 2011, apenas 1,72% das multas aplicadas pelo IBAMA foram efetivamente recolhidas aos cofres públicos. Será que também não é papel da doutrina jurídica, obviamente, de maneira compartilhada com outras áreas de conhecimento, começar a se debruçar nas razões pelas quais, embora formalmente, a proteção seja tão elevada materialmente em termo de eficácia, o resultado é tão pequeno.

Por vezes se produz legislação ambiental no Brasil sem levar em consideração os custos envolvidos com sua implementação; por exemplo, a implantação de umas das medidas da legislação florestal anterior, não mais em vigor, segundo dados de um grupo de pesquisa da USP, tinha um custo provável de implantação representando duas vezes o PIB agropecuário nacional. A norma não é ruim, porque tem que gastar tanto dinheiro, só que tem que ser olhado para a eficácia da norma ambiental, deixa-se de levar em consideração no momento da elaboração normativa esse tipo de discussão que é fundamental para verificar quem é, se há condições práticas da norma realmente ser aplicada.

Isso leva ao segundo e último ponto de sugestão, compartilhado com a professora Carla Amado, de que tem muito mais olhos para o direito fundamental ao meio ambiente, é uma perda de oportunidade acadêmica, não se explora um trechinho do Artigo 25 da Constituição, que fala dos deveres fundamentais, no finalzinho do artigo 255. Está dito que isso impõe ao poder público, e à coletividade, o dever de proteger

e preservar o meio ambiente para gerações presentes e futuras.

Esse termo coletividade nunca foi muito bem compreendido ou estudado pela doutrina, ao que parece não é o dever individual que cabe a cada um, por exemplo, na condição de proprietário individualmente considerado, porque não é dever do indivíduo, e dever da coletividade, ao que parece também, não se trata de um dever do ente público do estado, já que a constituição separou impondo ao poder público e à coletividade; e essa como uma categoria constitucional própria e distinta dos indivíduos que a integram, e, portanto, além da questão da eficácia deve-se começar a discutir como construir a concretização desse dever fundamental da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente.

O que leva a uma discussão que tem a ver também com a eficácia, que é no final das contas quem paga a conta, porque hoje em dia por conta do discurso do dever ser individual e do direito ser coletivo, tem se justificado teoricamente de que todas as imposições e os ônus devem ser suportados individualmente, ainda que o benefício de uma medida de proteção ambiental seja representado por direito da coletividade, na prática, porém, embora o direito ao meio ambiente seja coletivo, o usufruto, o benefício das medidas de proteção ambiental, usufruídas individualmente, vide a questão da água.

Parece que, a partir dessa brecha dada pela Constituição no que diz respeito à extensão do conceito coletividade e do dever constitucional atribuído a ela, pode-se avançar na discussão de como compartilhar os ônus financeiros, não somente os ônus sociais, os ônus culturais também decorrentes da imposição de medidas de proteção ambiental, para que elas não fiquem exclusivamente naqueles que são responsáveis pelo direito de propriedade, mas sim para todos aqueles que são beneficiados por essas medidas.

Para finalizar, é inegável que por meio da eficácia e da discussão de qual éo dever da coletividade como categoria autônoma, pode-se, juntamente, com os instrumentos repressivos, imprescindíveis e fundamentais, começar a pensar em novas ferramentas jurídicas que possam dar vazão também aos novos desafios impostos pela questão ambiental, especialmente, quando ligada à noção de desenvolvimento econômico social, tal como apontado pela Constituição Federal.

DESENVOLVIMENTO E MEIO-AMBIENTE

Ney de Barros Bello Filho*

*Desembargador Federal junto ao TRF da 1a Região. Doutor em Direito Ambiental pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006), com pesquisa elaborada na Universidade de Coimbra, Portugal e na Universitá Degli Studi di Lecce, Itália. Pós-doutor em Direito Constitucional pela PUC-RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2000). Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão e Professor do Mestrado da EDB/IDP.

Boa tarde a todos, em especial à professora Carla Amado, ao professor Leonardo, ao professor Sérgio aqui presentes à mesa. Um agradecimento especial ao Professor Paulo Gonet pelo convite efetuado, e reitero o prazer de estar ao lado mais uma vez da professora Carla e a honra particular de dizer que esta deve ser a minha quarta ou quinta conferência.

Essa temática, efetivamente, é bastante larga, o que justificariam, com certeza, duas colocações um tanto diversas dentro do limite de possibilidades que nos traz aqui, um tema como Desenvolvimento e Meio ambiente. A abordagem recairá, basicamente, sobre dogmática e direito ambiental, dentro da perspectiva e possibilidade da funda oralidade do direito ao ambiente sadio ecologicamente equilibrado na Constituição Brasileira de 88, e mais especificamente, a maneira por meio da qual os juristas acreditam que o judiciário trabalhe na realização de soluções para essas coalizões de direitos fundamentais e de princípios, e sobre aquilo que efetivamente os juízes acreditam que fazem principalmente quando aplicam o princípio da precaução, dito de outra maneira, tem-se uma construção teórica justificável para dizer que o direito ao ambiente sadio ecologicamente equilibrado é um direito fundamental à luz da Constituição de 88.

De que maneira as coalizões necessárias dentro da teoria dos direitos fundamentais surgem? E como elas são resolvidas a partir de um princípio abordado? Este é o princípio da precaução e como os juristas acreditam que estas soluções devem vir a lume através do princípio da precaução, e como o judiciário acredita que faz essa resolução de coalizões a partir desse mesmo princípio que não tem, professora Carla, uma presença escrita na Constituição Brasileira funcionamento mais como um princípio implícito ou dizem alguns, um princípio constitucionalizado a partir de outras regras de direito ambiental internacional.

O Artigo 225, da Constituição Brasileira prevê a assistência de um direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, bem de uso comum ao povo e fundamental para estas e as futuras gerações, havendo ali a consignação de um dever da sociedade civil de um estado de garantia à vida no melhor ambiente possível em território brasileiro, e também a lista descrita, a obrigatoriedade de um regime de

cooperação para que o ambiente possa então ser preservado à luz do direito brasileiro, e interface evidentemente com os processos de desenvolvimento que estão lá jurisdicionados pela parte da ordem econômica da própria Constituição. Dizem alguns, e o professor doutor Gomes Canotilho é um deles, que isso não se traria prima face de um direito fundamental ao ambiente, mas, sim, uma norma de direito fundamental que atribuiria ou não atribuiria a qualquer legitimado um direito, mas estabeleceria, apenas, um dever constitucionalizado de preservação ambiental, uma norma de eficácia meramente objetiva, uma norma constitucional que, a partir de um enunciado normativo constitucional de direito fundamental, estabeleceria ou teria apenas uma eficácia meramente objetiva. Desse Artigo 225, não e que surgiria qualquer direito subjetivo a qualquer posição de natureza jurídica que pudesse ser buscada ao judiciário, porque o 225 não emitiria nenhum comando de justiçamento, nenhuma perspectiva de atribuição de direito subjetivo quaisquer.

Na verdade, outros dizem o inverso; para estes, o Artigo 225 joga a função dogmática de ser o enunciado normativo de direito constitucional e fundamental, que vetoriza uma norma de direito fundamental, e essa norma atribui subjetividade a quaisquer legitimados que são definidos por uma estrutura infraconstitucional, portanto, tem-se o direito subjetivo ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, porque ter-se-ia uma fundamentalidade formal, e uma fundamentalidade material. Essa fundamentalidade formal seria a previsão do citado, que entrará enquanto enunciado normativo no rol do Artigo 5º, a partir da cláusula de abertura do catálogo que permitiria, então, desde que ela desenvolvesse algum princípio de natureza constitucional, uma fundamentalidade formal, e dizer sim, isto é uma norma de direito constitucional, o enunciado normativo de direito fundamental que está fora do catálogo, mas o adentra a partir da cláusula de abertura do Artigo 5º, que repete do Artigo 13 da Constituição Portuguesa, e, portanto, tem-se a possibilidade de garantir, a partir daí, uma fundamentalidade formal; haveria, portanto, uma fundamentalidade material na medida em que esse direito, essa norma vetorizada pelo Artigo 225 está arrimada num conjunto de princípios constitucionais; dizem alguns, o princípio da igualdade, principalmente; dizem outros, o princípio da liberdade; dizem alguns, o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, somado ao princípio da preservação ambiental.

Esse feixe de princípios garantiria, assim, a fundamentalidade material que, casada com a fundamentalidade formal, deixaria claro o que, efetivamente, o Artigo 225 traz no seu enunciado normativo; uma norma de direito fundamental que atribui direitos subjetivos a alguém; não haveria, portanto, dúvidas, segundo esse raciocínio que se tem, a partir da Constituição de 88, um direito fundamental ambiente de natureza subjetiva, e não apenas a imposição de deveres ambientais, sejam eles abstratos ou concretos, mas de direitos subjetivos que podem ser discutidos judicialmente.

Se isto é assim, tem-se um princípio constitucional maior, que seria o princípio constitucional da preservação ambiental, justificando materialmente um direito fundamental como previsto no Artigo 225 formalmente considerado, e, portanto, passível de se estabelecer no mundo jurídico e na própria sociedade, coalizões com outros princípios, com outros direitos, que deveriam ser resolvidos no âmbito do poder judiciário segundo a teoria dos direitos fundamentais, comumente utilizada na doutrina brasileira e, acredita-se, na portuguesa.

Pode-se perceber, ao analisar isso judicialmente, que o direito ao ambiente sadio ecologicamente equilibrado está em testilha ou em coalizão, com uma série de outros direitos ou princípios que precisam ser resolvidos à luz de alguma conduta norteadora que possa dizer sim; neste caso, é preciso preservar o ambiente e não a privacidade; vista de outra forma, a liberdade das pessoas, ou direito ao desenvolvimento, levando-se em conta o sentido de desenvolvimento, terá um peso maior do que a perspectiva de preservação.

Parte da doutrina brasileira, e, em específico, a doutrina ambiental, existe uma dose de absolutividade, nesta posição do ambiente; em contrapartida, para alguns, é não seria possível considerar uma coalizão entre o ambiente e o desenvolvimento na medida em que só é compreensível a ideia de desenvolvimento se houvesse a preservação de uma série de princípios e de nortes , que considerasse o ambiente dentro do próprio conceito de desenvolvimento. É uma forma de fazer uma leitura dessa coalizão; uma forma exógena dentro da teoria dos direitos fundamentais como base para essa reflexão. Porque a compreensão de que os princípios existem no momento a priori; e, de forma ampla, os direitos, e que, após a coalização, ter-se-á outra dimensão.

Fica fácil compreender que um direito ao desenvolvimento possa ser considerado direito fundamental; pelas mesmas razões, tem-se o direito

ambiental considerado, também, fundamental. Por esta razão, é que se diz que desta coalizão que surge momento a priori, existirá uma compreensão a posteriori sobre o caso concreto; nesta solução que envolve o direito à comunicação, o direito à informação e o local em que se coloca, ou se aplica as antenas de celulares, o direito ao desenvolvimento, ou mesmo, em que lugar, efetivamente serão colocados os investimentos, considerando a perspectiva de preservação e vários outros que podem surgir na sociedade.

Esta coalizão de princípios e de direitos ocorre a priori, leva um direito construído para resolução, no caso concreto, a posteriori. E qual é a maneira ou a forma dentro da teoria dos princípios, dos direitos fundamentais Alexyana, para se resolver essa coalizão. Faz-se necessário perceber, primeiramente, todos os mecanismos que a teoria do direito, dos direitos permite para resolução de quaisquer conflitos; em segundo lugar, aquilo que é mais utilizado dentro da estrutura do judiciário brasileiro, que é o princípio da precaução, que, conceitualmente, diz que diante de uma dúvida razoável, de uma perspectiva de risco, de uma incerteza, seja ela teórica ou científica, é necessário acautelar-se e, portanto, preservar, para além da possibilidade de se cometer qualquer risco ou qualquer agressão ao ambiente, ou seja, "na dúvida não faça; na incerteza, não caminhe"; se não há consenso, não aplique o desenvolvimento sob a perspectiva da preservação.

Esta aplicação do princípio da precaução é, acima de tudo, a perspectiva de limitação de um outro direito ou a perspectiva de não exercício de uma outra lógica principiológica sobre uma lógica que se afirma e que se impõe, que é a lógica da preservação ambiental ou da afirmação de todos os direitos, que se desenvolvem em torno do conceito de direito fundamental ambiente. Isto pressupõe duas coisas, primeiro lugar, que todas as vezes que o princípio da precaução for evocado, uma coalizão de princípios ou de direitos será resolvida em prol do ambiente.

Evidentemente, esta ideia não é reconhecida por grande parte dos juízes ambientalistas brasileiros, por uma razão muito simples, porque não se compreende a possibilidade, não nesta parte da doutrina, a possibilidade que haja essa testinha entre duas lógicas distintas, porque sempre haverá supremacia de uma compreensão ambiental sobre a compreensão do desenvolvimento, na medida em que se consiga compreender o desenvolvimento se a preservação ambiental seja intrínseca ou endógena.

Por outro lado, há a compreensão de que o princípio da precaução joga duas funções dogmáticas: a primeira que ele é um princípio instrumental; a segunda, um princípio material. É como se, efetivamente, tivesse sobre a de compreensão um princípio que gerasse um direito a que a sociedade inteira aja com precaução em respeito à perspectiva de um direito, todas as vezes que houver qualquer tipo de conflito duas posturas jurídicas diferentes. Visto de outra forma, é como se um direito subjetivo, a precaução, e que os estados, as empresas, as sociedades exercessem o juízo de valor sobre qualquer disputa de direitos, sempre precavendo o ambiente, sobre qualquer possibilidade de agressão. A partir daí tem-se um disjunção extremamente interessante, aquilo que o senso comum teórico dos juristas acredita que deva ser o princípio da precaução, ao menos em doutrinas em solo brasileiro, e aquilo que os tribunais fazem ou dizem que fazem quando aplicam o princípio da precaução, são duas coisas completamente distintas; é como se nós tivéssemos em mundos que não dialogam entre si.

A doutrina estabelece a seguinte lógica, que o princípio da precaução é uma maneira ou é um instrumento de compreender dois direitos ou duas perspectivas que discutem entre si, e sempre optar por aquela menos gravosa ao ambiente. Segundo o professor Canotilho, na jurisprudência da Quinta do Taipal, precaução é a possibilidade de se encontrar uma interpretação mais amiga do ambiente; uma conclusão, professora Carla, que parece ser a melhor das conclusões para aquele dissídio jurisprudencial. Mas enfim, essa interpretação mais amiga do ambiente, ou essa possibilidade de resolver uma coalisão a partir de uma preservação maior ou necessária a ele, apresenta uma visão diferente, não idêntica, contrapondo-se, inclusive, à visão do judiciário quando aplica este princípio.

Aludindo à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e aos tribunais regionais, este princípio da precaução é utilizado, exclusivamente, como figura de retórica; é um reforço argumentativo para uma solução de um conflito entre dois direitos, quando já se decidiu, previamente, pela preservação a partir da lógica do ambiente.

Ratificando o reforço de retórica exclusivamente argumentativa a ideia do princípio da precaução, sem nem sequer conceituá-lo, e sem nem dizer a que veio, é a solução, no sentido ou no outro, da aplicação do princípio da precaução na jurisprudência brasileira. Fica fácil perceber isso numa análise comezinha dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, e, mais ainda, das cortes

regionais. Aquilo que a doutrina diz que deverá ser feito na utilização do princípio da precaução, e, para que ele serve, não é aquilo que a jurisprudência faz quando utiliza o princípio da precaução.

O terceiro ponto é compreender o real sentido do princípio da precaução e para que serve. Ele não é apenas o reforço de argumentação teórica, retórica, como otimizam as cortes patrícias, não há sentido que seja assim, e também não parece um princípio de resolução de conflitos; quando se tem coalizões entre dois ou mais princípios do direito que precisam ser resolvidos à luz do caso concreto, é, na verdade, um princípio de resolução instrumental; por certo que é instrumental, mas que tem o sentido absolutamente parcial; não há lógica, não há sentido, não é justificável, nem racionalmente faz qualquer sentido utilizar o princípio da precaução para dizer que uma determinada questão em que está, por exemplo, onde colocar o aterro sanitário, que tipo de produtos serão utilizados para revolver o resíduo sólido daquela comunidade; não há sentido utilizar o princípio da precaução para liberar judicialmente um projeto dessa natureza, só faz sentido na aplicação do princípio da precaução quando se afirmar a supremacia naquele caso concreto do direito fundamental ou ambiente, ou direito dele decorrente.

Sobre qualquer outro direito de qualquer outra natureza, portanto, não é razoável entender o princípio da precaução como princípio instrumental que vai ser utilizado como "catálogo de princípios", dos princípios neutrais, que podem ser utilizados para resolução sem que se tenha uma compreensão material sobre a supremacia de um direito, de um dever ou de um ponto de vista de interesse sobre o outro.

Não há como defender está possibilidade, nesse sentido, as cortes terminaram no Brasil por utilizar o princípio da precaução, apenas como figura de retórica, e parece que também não é para tanto, ele é apenas uma maneira de escolher a partir de uma compreensão valorativa prévia, qual é a solução para um conflito de dois interesses ou de dois direitos que jogam funções dogmáticas invertidas, e utilizar como justificação a aplicação teórica do princípio da precaução naquele caso especifico.

Diante do exposto, parece que a única maneira de reafirmar o princípio constitucionalizado, melhor dizendo, o princípio implícito da precaução, é afirmá-lo como princípio instrumental, mas um princípio instrumental que tem função especifica de reafirmar a supremacia do direito ao ambiente naquele caso concreto.

Portanto, é um princípio tópico por natureza, funciona mais como um topoi, do que como um princípio. Evidentemente, esta posição, que parece minoritária, mas parece, data venia, o mais razoável, enxergá-la como um topoi, no estilo Theodor Five de compreender a aplicação e a resolução dos conflitos, do que um princípio que tem uma resolução sistêmica dentro de um feixe de possibilidades de resolução de conflito de interesses ou conflitos de direitos ou de princípios na resolução do caso concreto.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal na sua jurisprudência não possui dúvida acerca da fundamentalidade dogmática do direito ao ambiente sadio, muito embora, até mesmo, professor Paulo,a afirmação nos acórdãos de que se trata do direito fundamental ela tenha mais a função de reafirmar uma posição que não é explicada, ele é porque é, sem nenhum trato dogmático, ele é um argumento de retórica, mas assim como o princípio da precaução, mas é uma dúvida que não existe, já está espancada ,há algum tempo, porque todos os acórdãos do supremo admitem a fundamentalidade do direito ao ambiente, todos eles admitem a fundamentalidade, a importância, a necessidade do princípio da precaução; assim, reafirmam o princípio, não com alguma unidade teórica, mas apenas como reforço de linguagem ou como exercício de retórica bem posta para defender um ponto de vista.

A única mensagem possível ao enfrentar um tema como esse, é reconhecer que o chamado princípio da precaução é eminentemente instrumental, tem uma função aparentemente parcial como objeto, como instrumento de escolha de algo que foi feito a partir do conflito de bases valorativas, nos quais se faz uma opção especifica, e que não pode ser explicado dentro de nenhuma sistemática principiológica, mas, como um topoi utilizável na resoluções de casos concretos.

3

SISTEMA POLÍTICO E RISCO DE EROSÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO

SISTEMA POLÍTICO E RISCOS DE EROSÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO

Jorge Miranda*

*Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa; Professor Catedrático Jubilado da Universidade de Lisboa; Presidente do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP); Membro da Comissão Constitucional e Investigador do Centro de Investigação de Direito Público (CIDP).

Por certo, para participantes tão qualificados como os que se encontram reunidos neste seminário, não se justificaria, de sorte alguma, definir os conceitos de democracia e de partidos políticos.

Seja-me permitido, a despeito disso, relembrar as conceções de base a que adiro – sem pretensões de originalidade, sublinho – para, numa segunda parte, vir a deter-me sobre a erosão do regime democrático, que é o tema geral da presente sessão, e sobre os remédios que, em meu parecer, reclama.

I

1. Em primeiro lugar, a democracia a que todos aqui nos estamos referindo não significa qualquer democracia. Nem a democracia ateniense de há 2.600 anos, nem a jacobina da Revolução francesa entre 1792 e 1795, nem a soviética da Revolução russa e da Cuba atual.

É sim, a democracia vinda do constitucionalismo moderno e reiterada, em conexão íntima com o Estado de Direito, após a segunda guerra mundial.

É a democracia do Estado de Direito democrático ou de Estado democrático de Direito – a consagrada nas Constituições italiana de 1947, alemã de 1949, portuguesa de 1976, espanhola de 1978, brasileira de 1988, qualquer delas aprovada após uma ditadura mais ou menos longa e opressiva.

2. Com efeito, se, historicamente, democracia e Estado de Direito surgiram sob influência e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista, uma democracia de tipo ocidental (se se quiser) não pode deixar de ser ou de se acompanhar de Estado de Direito – por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e por respeito dos direitos das pessoas.

Há uma interação de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão jurídica sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se através do esforço de conjugação, constantemente renovado e atualizado, de princípios, valores e interesses, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

3. Por referência a Kelsen tender-se-ia a afastar democracia de quaisquer valores; o relativismo dir-se-ia o seu cunho próprio. No entanto, tal interpretação seria redutora e até contraditória em si mesma.

Com efeito, o relativismo democrático só pode ser um relativismo político, não um relativismo filosófico; um pluralismo de ideias, de correntes de opinião, de forças políticas – acompanhado ou garantido pela não assunção de nenhuma pelo Estado (quer dizer, pela laicidade, ou pela não confessionalidade do Estado, nessa perspetiva); um pluralismo não equivalente a indiferentismo filosófico, que fosse convertido em atitude perante a vida ou erigido em doutrina oficial.

O relativismo vale na esfera política, no jogo de ideologias, programas e partidos em disputa pelo poder para o conformar através do voto da maioria. Não pode se impor à esfera individual, do pensamento, das convicções e das crenças das pessoas, sob pena de se negar a si mesmo, absolutizando-se. Bem pelo contrário, como escreve Jean Lacroix, afirmar o relativismo na ordem relativa é precisamente permitir ao absoluto afirmar-se na ordem do absoluto. O sistema democrático é o único que pressupõe o convívio das diferenças; logo, por definição, ele não as nega ou esconde; reconhece-as e salvaguarda-as na sua existência e na sua manifestação.

4. Qualquer forma de governo funda-se em certos valores que, conferindo-lhe sentido, vêm, por um lado, alicerçar o consentimento dos governados e o projeto dos governantes e, por outro lado, construir a matriz ideal de todos quantos por ela se batem.

Assim, por detrás da diversidade de conceções e formulações teóricas, avultam valores políticos sem os quais a democracia aparece desprovida de razão de ser. E eles são (nunca é demais frisar) a liberdade e a igualdade, tal como constam da Declaração de Direitos da Virgínia, da Declaração de 1789 e da maior parte das Constituições de Estado de Direito democrático.

É porque todos os seres humanos são livres e iguais que devem ser titulares de direitos políticos e, assim, interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver. É porque todos são dotados de razão e de consciência (como proclama, por seu lado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem) que eles são igualmente chamados à participação cívica, capazes de resolver os seus problemas não pela força, mas pelo confronto de ideias e pelo seu sufrágio pessoal e livre.

A liberdade revela-se, portanto, do mesmo passo, fundamento e limite de democracia. Revela-se fundamento, visto que a participação na condução dos destinos comuns pressupõe a liberdade. E revela-se limite, visto que a democracia (insistimos ainda) não pode pôr em causa a liberdade, e a maioria é sempre maioria de conjuntura, não maioria definitiva, pronta a esmagar os direitos da minoria.

5. É ainda em virtude de uma opção pela liberdade, e não, simplesmente, por impossibilidade da democracia direta (de um qualquer seu sucedâneo), que se justifica a democracia representativa, porquanto:

- apenas na democracia representativa se distinguem (sem se cortarem pontes) espaço público e espaço privado, a esfera do Estado e a esfera da sociedade;
- do mesmo modo, apenas na democracia representativa, se distinguem o cidadão e a pessoa na sua vida própria, não deixando esta ser absolvida pelo cidadão total (caso da Atenas antiga e, sobretudo, dos regimes totalitários do século XX);
- apenas a democracia representativa assegura a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados;
- somente a democracia representativa propicia o pluralismo e o contraditório (sem prejuízo do compromisso) no âmbito das assembleias representativas.

Não por acaso tem-se dito muitas vezes, que ela não constitui um *minus* no confronto com a democracia direta. Constitui um *majus*.

6. Quanto ao princípio de maioria, o seu fundamento encontra-se no enlace de igualdade e liberdade. Não numa presunção puramente negativa, de que ninguém conta mais do que os outros, mas no reconhecimento da dignidade cívica de todas as pessoas. Não numa liberdade com separação de uns dos outros, mas numa liberdade com integração numa sociedade de todos. Em suma, na exigência de uma igualdade livre ou de uma liberdade igual para todos.

7. A maioria não é fonte de verdade ou de justiça; é apenas forma de exercício de poder, ou meio de ação.

Não há, nem deixa de haver verdade nesta ou naquela opção política; há só (ou tem de se pressupor que haja) referência ao bem comum. Naturalmente, quando se suscitem problemas de verdade, sejam quais forem – religiosos, morais, filosóficos, científicos ou técnicos – não cabe decisão de maioria.

Por outro lado, a decisão de maioria implica publicidade, não pode ter por objeto questões do foro privado. Tudo está, na prática, em saber deslindá-las.

8. Tão pouco se admitem decisões de maioria que afetem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou o conteúdo essencial da própria democracia representativa – mais especificamente, o pluralismo, os direitos das minorias e a possibilidade de alternâncias e de alternativas.

Democracia representativa não é só governo de maioria. Importa uma dialética necessária de maioria e minoria, de Governo e Oposição, sendo a maioria de hoje a minoria de amanhã e a minoria de hoje a maioria de amanhã.

9. A decisão da maioria pressupõe a competência para decidir, seja em diferentes escalões de poder; seja dentro do mesmo escalão entre os seus órgãos.

Por outro lado, não vale qualquer vontade maioritária, somente vale a que se forma no respeito das normas – constitucionais, legais, estatutárias, regimentais – que a estruturam e regulam. Donde, limites formais

ou procedimentais, a acrescer aos materiais e aos orgânicos.

Requisitos de regularidade do procedimento hão-de ser a convocação da eleição ou da deliberação nos termos previamente estabelecidos com carácter geral, a igualdade de todos os participantes, a liberdade de discussão e de voto, a pessoalidade do voto, a simultaneidade da votação e o rigor ao apuramento dos resultados. E quando se trate de órgãos colegiais, a reunião no tempo e no local próprios e a presença de mais de metade dos respetivos membros (quorum).

10. Instrumento de controlo da maioria é a justiça constitucional: controlo dos limites materiais e do procedimento; controlo indispensável, sobretudo, para garantia dos direitos fundamentais.

À legitimidade democrática corresponde a legitimidade do controle jurisdicional como garantia também das minorias frente à maioria. Nem se verifica aqui contradição, mas sim complementaridade. A justiça constitucional só se afigura contramaioritária ao inviabilizar esta ou aquela pretensão da maioria, não no contexto global do sistema

II

11. Passando agora à segunda parte, esclareço que vou tratar apenas de Portugal, e não também do Brasil, por não querer pronunciar-me sobre um país de que não sou cidadão, apesar de todos os laços que nos unem. No entanto, ouso pensar que muito do que vou dizer poderia ser dito acerca do Brasil.

12. O Estado de Direito democrático está em Portugal sedimentado, sem alternativa credível ou sequer imaginável. Assim como a Constituição de 1976, depois das sete revisões por que passou e dos progressos que se verificaram em todos os campos, se encontra radicada na consciência jurídica geral.

Em contrapartida, há evidentes sinais de erosão e de descredibilização do sistema político, e até de crise do seu funcionamento.

13. Sem ser exaustivo, eis alguns desses sinais:

a | O número elevadíssimo de abstenções em todas as eleições;

b | A pouca renovação da chamada classe política, com perpetuação de muitas pessoas nos mesmos cargos ou em sucessivos cargos a todos os níveis;

c | O desvio da representação política, transformada em representação só dos partidos, com total ou quase total subalternização dos Deputados, os únicos eleitos pelos cidadãos;

d | As intromissões dos diretórios partidários, estranhos ao Parlamento, inclusive na designação do seu Presidente e dos presidentes dos grupos parlamentares;

e | As dificuldades de chegada ao Parlamento de novos partidos, mantendo-se o quadripartidarismo de há quarenta anos;

f | O domínio dos partidos pelas suas estruturas internas, pelos "aparelhos";

g | O caciquismo que ainda se

manifesta em alguns municípios;

h | Apesar de Portugal contar com mais de 300 municípios e mais de 3.000 freguesias (ou submunicípios) e de o instituto ter sido introduzido já em 1982, só ter havido até agora pouco mais de 20 referendos locais – sendo seguro que é muito mais a nível municipal, perante problemas concretos e mais próximos dos cidadãos, que a participação referendária tem virtualidades;

i | A escolha, muitas vezes (senão, a maioria das vezes), para altos cargos da Administração Pública segundo critérios partidários, e não segundo critérios de mérito;

j | Alguns benefícios e mordomias de titulares e até de ex-titulares de cargos políticos.

Por outro lado:

k | As interpenetrações da classe política com a classe financeira;

l | A corrupção ou corrupçãozinha ativa e passiva.

Finalmente, embora esse seja fenómeno comum a todos os Estados da União Europeia:

m | O défice democrático, com afastamento e alheamento dos cidadãos e dos Parlamentos nacionais das grandes decisões económicas, sociais e políticas dos órgãos da União.

14. Para corrigir estas disfunções tornam-se necessárias reformas, umas legislativas e possíveis desde já, outras envolvendo revisão constitucional.

15. Reformas legislativas:

a | Eleições primárias para a escolha dos candidatos a propor pelos partidos a Deputados à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas Regionais dos Açores e da Madeira (pelos partidos, sim, e só por eles, sem prejuízo de poderem apresentar cidadãos neles não inscritos, como admite o art. 151°, n° 1 da Constituição – porque essas eleições devem realizar-se em torno de programas coerentes de governo e não é excessiva a exigência legal de 7.500 cidadãos eleitores para a formação de um partido);

b | Coligações de candidaturas (duas ou mais candidaturas, embora disputando as eleições em separado, declaram-se coligadas e, no final, começa-se por se apurar o conjunto dos votos por elas obtidos; e depois, no conjunto, distribuem-se os mandatos por cada uma das candidaturas, tudo de acordo com o princípio da representação proporcional; é uma forma muito mais democrática e transparente do que a predistribuição dos mandatos pelas candidaturas e o aparecimento de partidos fictícios);

c | Listas abertas nas eleições parlamentares, embora sem quebra do princípio da representação proporcional ou através da indicação dos candidatos, por ordem alfabética e devendo os eleitores indicar os candidatos que preferem.

Ou então (e o art. 149°, n° 1 da Constituição também o consente) através da representação proporcional personalizada de tipo alemão (como eu próprio propus em 1982) ou de circunscrições de candidatura (como foi proposto pelo Governo em

1998); o art. 149º, nº 1 da Constituição consente uma ou outra solução[1];

d | Direito de iniciativa popular do referendo local e do referendo regional;

e | Fiscalização da subsistência efetiva dos partidos formalmente constituídos;

f | Limitação dos mandatos dos dirigentes partidários;

g | Extinção das juventudes partidárias;

h | Fiscalização rigorosa das regras de funcionamento dos partidos e das campanhas eleitorais e transferência da fiscalização das contas do Tribunal Constitucional para o Tribunal de Contas;

i | Reforço das incompatibilidades e dos impedimentos parlamentares (art. 154º da Constituição), incluindo a proibição de aceitação por Deputados de quaisquer cargos ou funções, a título remunerado ou não, do Governo ou dos Governos regionais, e valendo igualmente os princípios para o âmbito municipal;

j | Personalização rigorosa dos Deputados, não se admitindo senão em casos excecionais a suspensão do mandato e nunca a rotação entre Deputados e candidatos não eleitos;

k | Cumprimento rigoroso das regras constitucionais e regimentais do voto individual e direto, e nunca por bancadas, dos Deputados e dos membros de quaisquer órgãos colegiais;

l | Proibição de atividades de ex-titulares de órgãos do Poder Executivo e quaisquer empresas das áreas das competências que lhes cabiam enquanto no exercício das suas funções, nos três primeiros anos após esse exercício;

m | Regulamentação dos lóbis.

16. Reformas implicando alteração ou aditamento de normas constitucionais:

a | Relevância dos votos em branco na eleição do Presidente da República (hoje impossível à face do art. 126º, nº 1 da Constituição);

b | Perda de mandato de quem, tendo sido eleito por um partido ou grupo de cidadãos, se candidate em eleição subsequente por outro partido ou grupo de cidadãos (hoje impossível à face do princípio da tipicidade dos casos de perda de mandato do art. 160º);

c | Impossibilidade, para reforço da sua independência perante os partidos, de reeleição do Presidente da República para o mandato seguinte ou durante o quinquénio subsequente ao seu mandato (alterando-se, assim, o art. 123º);

d | Limitação do número de mandatos dos Deputados e dos titulares de qualquer órgão de âmbito nacional, regional ou local (alterando-se, portanto, o art. 118º)[2];

[1] Mas afastamento, por razões que os presentes bem conhecem, do sistema de eleição dos Deputados federais no Brasil.

[2] V. já República e limitação de mandatos, in Diário de Notícias de 9 de fevereiro de 2001, e in Constituição e Cidadania, Coimbra, 2003, págs. 437 e segs.

e | Impossibilidade de prescrição, bem como de amnistia, indulto e comutação de penas nos crimes de responsabilidade (hoje seria de duvidosa constitucionalidade);

f | Impossibilidade de os juízes e de os magistrados do Ministério Público serem nomeados para comissões de serviço estranhas à atividade dos tribunais e de assumirem quaisquer cargos políticos (alterando-se o art. 216º, nº 4 da Constituição)[3];

g | Impossibilidade de designação como juiz do Tribunal Constitucional de quem tenha exercido cargo de natureza política ou de nomeação política, no Estado, noutras entidades públicas ou em partido, ou grupo de cidadãos, nos três últimos anos, e impossibilidade de designação para tais cargos de ex-juízes nos três primeiros anos após a cessação das funções no Tribunal.

17. Não bastam, ainda que necessárias e úteis, medidas legislativas e constitucionais como as acabadas de indicar. Não bastam, não bastariam para um sadio desenvolvimento da vida democrática, porque faltariam dois elementos fundamentais: a ética na política e a iniciativa de cidadania.

18. Ética na política ou ética constitucional que, como demonstrou um professor desta Faculdade, Paulo Otero[4], pode, de resto, ancorar-se na própria Constituição.

Ética na política ou ética republicana, tomando república na aceção literal de res publica, coisa pública sempre norteada pela ideia de bem comum, ou tomando república como democracia que leva os seus princípios até às últimas consequências.

Por mim, além das normas apontadas por Paulo Otero como expressões de receção constitucional da moral, apontaria um acervo mais completo, abrangendo quer normas dirigidas aos cidadãos em geral quer normas dirigidas aos titulares de cargos públicos em especial.

Projeções diretas ou indiretas da moral nas relações entre os cidadãos enxergam-se nas normas dos arts. 13º, nº 2, 25º, nº 1, 26º, nos 1 e 2, 32º, nº 8, 41º, nº 1, 1ª parte, 60º, nº 2, 68º, nº 2, 73º, nº 2, 88º, nº 2, 206º. Não tenho tempo para proceder à sua leitura.

Projeções diretas ou indiretas nos comportamentos dos titulares de cargos públicos divisam-se, por seu turno:

a | No art. 113º, nº 3, alínea c), enquanto lhes manda observar imparcialidade perante as candidaturas nas campanhas eleitorais;

b | No art. 113º, nº 3, alínea d), enquanto prescreve a transparência das contas eleitorais;

[3] Como já defendi no artigo Juízes para os tribunais!, in Público, de 9 de março de 1999, e in Constituição e Cidadania, cit., págs. 421 e segs.

[4] Ética constitucional: contributo para uma limitação do poder político, in Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, obra coletiva, I, Coimbra, 2011, págs. 581 e segs.

c | No art. 127º, nº 3, determinando que o Presidente da República, no momento da posse, jure por sua honra desempenhar fielmente as funções em que fica investido;

d | No art. 154º, nº 2, ao prever as incompatibilidades dos Deputados, e no art. 216º, nos 3, 4 e 5, as dos juízes;

e | No art. 160º, nº 1, alínea c), ao cominar a perda do mandato do Deputado que se inscreva em partido diferente daquele por que tenha sido apresentado a sufrágio;

f | No art. 189º, ao estabelecer o princípio da solidariedade governamental, vinculando os membros do Governo ao seu programa e às deliberações tomadas em Conselho de Ministros;

g | No art. 266º, nº 2, contemplando os princípios de justiça, de imparcialidade e de boa-fé da Administração;

h | No art. 275º, nº 4, impondo isenção política aos militares.

Como pano de fundo, ainda, o art. 29º, nº 2 da Declaração Universal – Declaração esta segundo a qual, conforme o art. 16º, nº 2 da Constituição, devem ser interpretados os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais e que eu entendo, tal como Paulo Otero, também dever ser tida em conta no que tange aos titulares de cargos públicos[5].

Ora, esse art. 29º, nº 2 liga o exercício dos direitos e liberdades – e, por identidade ou maioria de razão – o dos poderes públicos às "justas exigências ... da moral ... numa sociedade democrática".

18. Paulo Otero dá alguns exemplos de uma ética constitucional de exercício do poder, expressão de uma verdadeira "deontologia política" de respeito pelas instituições entre os quais:

i | A recusa em continuar a exercer funções públicas de natureza política, demitindo-se, ou em não se candidatar a cargo electivo, aquele que foi constituído arguido em processo penal relativo a acção ou omissão praticada no exercício das suas funções públicas e por causa desse exercício;

ii | A separação nítida do exercício de funções oficiais como titular de um cargo público e o exercício de actividades de natureza partidária ou privada, nunca se servindo daquelas ou dos meios por elas proporcionados para usufruir ou obter vantagens (v. g., se ir à missa não é um acto oficial, não há justificação para ser feito em viatura oficial);

iii | Não empregar ou integrar junto de si, nem pedir a quem o possa fazer (sem que exista formalmente violação do princípio da imparcialidade), familiares ou amigos, substituindo o concurso público ou o critério do mérito por um modelo de escolha baseado no "compadrio", na "cunha" e no tráfico de influências;

iv | Os membros do Governo nunca devem nomear antigos colegas seus de Governo para cargos de administração dependentes de designação governamental, nem solicitar-lhes o exercício de quaisquer actividades remuneradas;

[5] Op. cit., loc. cit., pág. 586.

(...)[6].

19. A tais exemplos eu acrescentaria:

a | Perda do mandato de quem, tendo um mandato eletivo, seja eleito para outro cargo eletivo;

b | Impossibilidade de, por revisão constitucional, se reduzir ou alargar desproporcionalmente o mandato dos titulares em exercício; de se proibir a reeleição, quando antes admitida; ou de a admitir, quando antes vedada;

c | Impossibilidade de os titulares de cargos públicos em exclusividade de funções (Presidente da República, Presidente do Parlamento, membro do Governo, Provedor de Justiça, Procurador-Geral da República), quando no seu exercício, recebam qualquer outra remuneração além do correspondente vencimento[7] e impossibilidade de acumularem este com qualquer pensão, mesmo já vencida anteriormente – em contrapartida, claro está, necessidade de o vencimento ser condigno ou tão elevado quanto o encargo pessoal que envolve o exercício das funções;

d | Princípio de responsabilidade política objetiva dos membros do Governo e de supremos responsáveis de entidades públicas, levando-os a pedir a demissão em caso de grave erro ou ilícito praticado nos serviços sob a sua direção.

Uma ou outra das reformas constitucionais que preconizo traduz outrossim a mesma preocupação de moralidade política.

20. Uma palavra final quanto à iniciativa de cidadania, ou, como se lê no art. 109º da Constituição: "A participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático (...)".

Por que tem havido então tão poucas manifestações dessa participação à margem dos partidos, não obstante a Constituição consignar o sufrágio como dever cívico (art. 49º, nº 2), os direitos de petição e de ação popular (art. 52º), a pré-iniciativa de referendo nacional (art. 115º, nº 2), a iniciativa legislativa popular perante a Assembleia da República (art. 167º, nº 1)?

Vejo três causas principais: o tipo de sociedade em que vivemos que obriga as pessoas a trabalhar, a trabalhar, a trabalhar e a gastar horas para ir e vir do trabalho, não deixando quase nenhum tempo livre; as deficiências do ensino; o totalitarismo do futebol que intoxica a comunicação social e anestesia os cidadãos.

E para finalizar reitero que somente o impulso da iniciativa cívica pode impedir o populismo, com que alguns, muito provavelmente, iriam perverter os apelos à ética na política.

[6] Op. cit., loc. cit., págs. 592 e 593.

[7] V. já o artigo Um problema de dignidade do Estado, in Diário de Notícias de 9 de janeiro de 1984, e in Constituição e Cidadania, cit., págs. 327 e segs., e anotação em Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, I, 2ª ed., Coimbra, 2010, págs. 999-1.000.

A DEMOCRACIA E SUA INSTITUCIONALIZAÇÃO

Manoel Gonçalves Ferreira Filho*

*Professor Emérito de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Constitucional e Instituições Políticas da Université Paris 1 - Panthéon--Sorbonne, França (1959) e Bacharel em Direito pela USP (1957). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Foi Ministro da Justiça (1969 -1971) e Secretário de Administração do Estado de São Paulo (1972 - 1973).

Caro professor Doutor José Levi Mello do Amaral, eminente mestre e professor Jorge Miranda; caros professores Doutor Sérgio Víctor e Carlos Blanco de Morais, em nome dos quais saúdo o auditório. É para mim um prazer e uma honra participar desse evento de alto nível, e ter a oportunidade de fazer uso da palavra perante auditório tão especial.

Quem fala por último no painel há uma nítida vantagem e uma não menos nítida desvantagem. A nítida está na oportunidade de aprender muito sobre o assunto sobre o qual ele vai discorrer – isto pode suprir as lacunas que ele tenha a propósito do tema; a evidente desvantagem está no fato de falar após ilustres autoridades, porque já encontra, praticamente, esgotado o assunto e, assim, a dificuldade em encontrar um caminho novo para despertar o auditório, sem se tornar repetitivo, é maior; especialmente, sobre assuntos tão brilhantemente defendidos como foi, por exemplo, a exposição do professor Jorge Miranda. Eis o porquê das desculpas dirigidas a todos.

Quero, também, fazer uma ressalva; veja bem, não é uma correção, mas sim uma ressalva em relação a uma afirmação do doutor Sérgio Víctor. Eu não sou cientista político, sou apenas um professor de direito constitucional que se interessou por ciência política, e a explicação já vem do meu currículo.

Quando há meio século, aconteceu uma possiblidade rara de pós--graduação na França; fui aluno de uma sessão intitulada Direito Constitucional e Ciência Política e fui alunos de professores como Mathior, Jean-Jacques Chevallier, de histórias das políticas e do professor Maurice Duverger, de ciência política. E com isto eu tive abertos meus olhos para um horizonte – que não se pode chamar exatamente assim – do Direito Constitucional, mas se ajustava, perfeitamente, na preocupação que eu tinha naquele momento, e confesso, ainda persiste, a propósito da democracia e de sua institucionalização.

Permitam-me uma confidência; coloquem-se como eu em 1958, um aluno recém formado da faculdade de Direito de São Paulo, que havia assistido, como aluno, a episódios como os de 1954, com a queda e o suicídio de Getúlio Vargas, que tinha assistido, no restante de seu curso, aos tremores de terra causados por alguns movimentos, como Jacareacanga e Aragarças, talvez, ninguém aqui tenha ouvido falar deles. Este jovem estudante – também já fui jovem – cai na faculdade de direito de Paris, em 1958; mal falava francês e já assistia à revolução – porque assistia ao momento em que falece a quarta república; sobe ao poder o general De Gaulle, e é uma elaboração de uma nova Constituição;

uma nova Constituição que ainda hoje está em vigor. Fascinado, acompanhei a elaboração desta Constituição, em que era discutida, em alto nível por professores de direito, filósofos e cientistas políticos uma preocupação de como estabelecer uma democracia que tivesse raízes, que não fossem instáveis e que fossem eficientes.

Muito cedo, eu me apercebi que o problema não estava no lado jurídico, porque, afinal de contas, a democracia – e o professor Jorge Miranda desenhou seu esqueleto fundamental – tem princípios conhecidos há muito tempo, diria até que há séculos; princípios estes que devem ser desdobrados em normas para regerem um povo democraticamente; são bastante conhecidos, tanto que os juristas têm facilidade de extrair normas destes princípios e não, portanto, dificuldade de implantação da democracia. Desta feita, qual será o problema de implantação? Que problema afeta a estabilidade e a eficiência da democracia?

Esta preocupação trouxe a necessidade de se achar algum rumo, a falta de subsídios da ciência política - que ainda era muito insipiente, pelo menos naquele momento e fora dos Estados Unidos - trouxe-algumas ilustrações e a abertura de algumas ideias. Neste sentido, tornei-me um constitucionalista com um vínculo à ciência política, mas não um cientista político com vínculo ao direito constitucional, porque minha preocupação sempre fora outra: a de constitucionalista, não era a de cientista político. Muito embora, os princípios da democracia sejam conhecidos, e sejam incontáveis os juristas de gabarito – capazes de transformar em normas estes princípios – há problemas, às vezes, delicados, que envolvem um entrechoque de princípios e, neles, surgem soluções que, nem sempre, favorecem a democracia.

Certamente, a exposição do professor Sérgio Víctor sobre a questão dos partidos foi brilhante, e me deu argumentos para minha opinião discordante. Os estudiosos deste assunto devem se lembrar do livro de Maurice Duverger sobre os partidos políticos, publicado em 1951; para mim, que era aluno dele em 58, o livro era recente. O autor mostra claramente – embora tenha sido criticado, completado, retificado por Giovani Sartori e outros - a existência de uma ligação íntima entre sistema eleitoral e sistema partidário, o voto majoritário simples nas eleições parlamentares que tende a estabelecer um sistema bipartidário, como é o caso dos Estados Unidos e da Inglaterra; se o sistema é majoritário, como na França, existe a formação de muitos partidos, mas em blocos. O sistema de representação proporcional enseja a interminável multiplicação de partidos, e, mesmo que as concepções políticas da vida e do mundo não sejam infinitas, as discordâncias sempre permitem que se abra dentro de uma corrente uma dissenção; e isto já é um estímulo para essa multiplicação de partidos.

Esta multiplicação de partidos produz, naturalmente, uma pequenização – termo usado pela primeira vez por um jurista brasileiro. Todos partidos também nasceram pequenos, o que leva à necessidade da coalizão para tomada de decisões fundamentais, como aprovação das leis e de atos governamentais. Esta multiplicação excessiva de partidos é considerada daninha há mais de meio século; ela pode ser coibida, e a experiência alemã mostra isso. O que não se pode achar é que esta multiplicidade corresponda simplesmente à necessidade de expressão de subcorrentes de pensamentos, e tenho a impressão de isto não tenha sido curado completamente.

Claro está que a Constituição de 88, que ensejou esta multiplicação, embora tenha algumas regras formais e ineficientes para impedir que tenhamos 30 partidos políticos. É nesse ponto que discordo do professor Sérgio Víctor, pois, seria alguém capaz de colocar no papel 30 concepções da vida e do mundo; 30 concepções políticas divergentes? Esse é um erro profundo e daninho de institucionalização; porque a formação das maiorias necessárias à governança passa a depender, se me permite a crueza do termo, não das ideias, mas dos interesses, porque grande parte desses partidos são, meramente, agrupamentos fisiológicos; e agrupamentos servem aos interesses de seus "donos", daí o passo para outros fenômenos.

Isto é muito simples, porque se o interesse é fisiológico, por que não procurar tirar o máximo em fortuna dos interesses fisiológicos; este é um erro de institucionalização. O importante, na verdade, é tratar de alguns fatores extraconstitucionais que influem no funcionamento, na estabilidade e na qualidade da democracia. A esse propósito, é importante uma referência ao professor americano, cientista político, mas que transcende a ciência política, que é Robert Dahl; salvo engano, possui uma publicação – Polyarchy - na Universidade de Brasília, em que analisa os fatores condicionantes da implantação e do funcionamento da democracia; ele é o precursor, mas sua acenda leva além.

Dahl assinala, neste livro, que a institucionalização de uma democracia, sua implantação, ou o seu êxito dependem de fatores como, as sequências históricas da implantação do regime, a ordem socioeconômica na sua concentração ou dispersão, o nível de desenvolvimento, as desigualdades sociais, a subcultura, a crença dos ativistas, a influência estrangeira e o desempenho da governança. Tudo isto mostra não ser impossível a democracia, mas que seu equacionamento é delicado e complexo.

Consideradas tais ideias e preocupado com a aplicação destas ideias no Brasil, foi que publiquei três livros sobre esse assunto: A Democracia Possível, A Reconstrução da Democracia e A Democracia, no limiar do Século XXI, em que buscavam traçar uma análise sobre quais fatores,

dentre aqueles citados por Dahl, e outros – influenciam no funcionamento da democracia brasileira, para o bem ou para o mal; que não me deixe mentir o professor Carlos Blanco de Morais. Na verdade, os discípulos de Dahl dão um passo mais importante, porque colocam a questão da qualidade da democracia; e nós reduzimos à expressão mais simples o que ela é.

E o que, de fato, é a democracia? É o método pelo qual se escolhem os governantes; para citar Schumpeter, a democracia é um método pelo qual se escolhe no modo concorrencial os governantes, é claro que, se a dimensão é mínima, pode-se até dizer que seria a dimensão cínica, mas não deixa de ser o ponto de partida da democracia. Ninguém aceitaria que houvesse uma democracia em que o povo não tivesse participação na escolha de seus próprios governantes; dirão muitos, e eu diria também, isso é insuficiente para caracterizar a democracia; mas vejam que eu estou me referindo à dimensão mínima e elementar, é claro que na nossa concepção de vida e do mundo; na nossa Lebensauffassung, que, precisa hoje para ser constitucionalista usar ao menos uma palavra em alemão.

Democracia é mais que isso; importa em limitação do poder e garantia dos direitos fundamentais, que é uma forma de limitação de poder, e até em valores como o valor do respeito, a discordância e a divergência; o que justifica a honra que tem na democracia, a oposição. Na verdade, a preocupação com a qualidade da democracia decorre de um fato visível, que após a segunda guerra mundial, praticamente, só existem democracias; todos os estados se declaram democráticos, todos se pretendem democráticos. Mas, mesmo que na maioria que se pretendem democráticos os governantes escolhidos pelos governados, elas funcionam de modo extremamente diferentes em vários aspectos; e essa corrente da recente ciência política norte-americana examina a qualidade da democracia, ou seja, ela toma uma por uma as peças componentes da ordem democrática como, por exemplo, o estado de direito.

Percebe-se que, na medida em que o estado de direito é respeitado e a política corresponda àquilo que se é desejado pelo eleitorado – em inglês a responsevennes – a correspondência entre a política desejada e a política efetivada, ou outro ângulo de análise – accountability – a prestação de contas do governo para com o eleitorado, tanto a prestação de contas formal quanto a prestação de contas, digamos, moral, ou seja, a execução da política prometida, a condenação da fraude; as coisas escapam, em ganhar uma eleição propondo determinadas coisas e fazer um governo realizando algo bem diferente do proposto.

Um filósofo chamado Francis Fukuyama – um homem do fim da história – em um artigo menos conhecido escrito para a revista norte-americana Journal of Democracy - que é porta-voz dessa corrente ciência política, lembra a importância para a qualidade da democracia de um fator chamado delicadamente por ele de qualidade do estado e, na verdade, o que menos delicadamente pode ser dito é a qualidade da governança, é ser ou não ser o governo que se é constituído democraticamente, capaz de ter eficiência no enfrentamento das tarefas que são exigidas pelo momento do enfrentamento; que envolve uma análise da performance desse governo, inclusive o tratamento que ele dá a elementos importantes como o controle das despesas e o bom uso dos recursos, salientando esta boa governança como um dos elementos que têm de ser levados em conta na análise da qualidade da democracia.

O filósofo aponta também fatores negativos para a qualidade da governança e, portanto, para a democracia, que é, simplesmente, a corrupção. Ele desenvolve vários aspectos desse problema que, realmente, servem de elemento subversivo para a democracia – há muito tempo não empregado na democracia brasileira. Claro que Fukuyama está sugerindo que a ineficiência governamental, a corrupção solapam a democracia porque criam uma descrença com relação aos governantes democráticos; análise que ganhou capítulo novo na mesma revista norte-americana, com o título Is the Democracy in decline?

Está a democracia em declínio ou, como o colocado inteligentemente por um programa deste evento, existe uma erosão da democracia? Numerosos autores discutem o assunto e a maioria entende que a democracia não está em declínio, mas entendem que a ineficiência da governança, frequentemente, ocorre na democracia. Simplificando, devido à demagogia, que influi nas escolhas eleitorais, que solapa a democracia e cria o descrédito com o governo. A disparidade entre o que é prometido, aquilo que é acenado para se ganhar a eleição é muito diferente daquilo que é concretizado. Coloca-se, também, outra indagação é será que o método democrático, como ele é praticado seja adequado para a escolha das pessoas para o lugar certo? Há quem duvide disso e há pessoas tão perdidas no mundo, que chegam a essa conclusão.

Talvez esta não seja a melhor forma de escolher os mais capazes para exercer o poder, e o pior é que, embora nós brasileiros costumemos olhar para nosso próprio umbigo, e os americanos, embora com todas as restrições que possam ser feitas a eles, enxergam mais longe; e estes cientistas norte-americanos veem um certo contraste entre a maneira como são tratadas determinadas questões administrativas e econômicas por regimes autoritários como, por exemplo, China e Cingapura; ou como são tratados ou não tratados por governantes de democracias, e, desculpem os meus amigos portugueses, embora Portugal não seja diretamente referido, há um texto sobre incapacidade de governança europeia de enfrentar determinados problemas socioeconômicos – excluo,

aqui, Portugal - que se pronunciaram nos últimos anos. Apesar de não assinar embaixo desta opinião norte-americana, devo colocar a preocupação: por que Cingapura funciona e a utopia não?

É preciso reconhecer que a euforia com a democracia, vinda do triunfo das democracias contra as ditaduras da segunda guerra mundial, levou a uma tese ingênua, que ainda é repetida e defendida por muitos meios de comunicação de massa, que a democracia é a solução para todos os problemas; basta haver democracia, que tudo se resolve; se o problema não é resolvido, mais democracia; ao que parece isso está mais no campo da idolatria pela democracia do que no da racionalidade da coisa. Claro que a implantação de uma democracia sempre favorece o estado de direito, mas nem sempre favorece a eficiência governamental.

O problema é mais grave; como disse anteriormente, é um problema que me parece, também, digno de menção, de importância, que é o fato de esses insucessos na democracia, quando efetiva, causam um desengano por parte do eleitorado com relação aos políticos é que, às vezes por distorção da visão, ou porque estejam dispostos a seguir a carreira política, para fazer o bem do povo, ou para fazer o bem dos mais pobres; quando ele se apercebe por influência negativa dos meios de comunicação, que os (01:39:09); frequentemente são movidos por outros interesses, que não são os de fazer o bem comum, para usar uma expressão que também já está fora de época, para obter fortuna, posição, prazer etc.

Isto já é uma causa de desengano e se multiplica com o fato de, em determinadas ocasiões, a democracia não parecer o caminho eficaz para a solução de problemas.

Eu me apercebi desse desengano fora da Europa, mas encontrei o registro equivalente em um livro , de 2003, um autor francês, o professor Jacques Chevallier, aponta exatamente este desengano, essa decepção com os governantes democráticos, exatamente, por fatos análogos ou por aqueles valores mencionados por mim, ou por outros que poderiam ser associados a ele, isso é exatamente negativo para a democracia porque ainda não se descobriu fórmula mágica para que este modelo seja melhor do que a qualidade dos representantes que governam em nome do povo.

Esta decepção já foi experimentada aqui na Europa, em momentos que não podem ser esquecidos; sem dúvida estava presente na Alemanha nos anos vinte, em que um desdobramento; e eu não preciso assinalar a democracia assim, pois se ela não está em declínio, ela está em crise, e é preciso lembrar que a democracia tem os seus inimigos, fato que não se pode ignorar hoje em dia, porque ainda existe gente que, em nome de uma verdadeira democracia, está disposta a chegar ao poder para exercer uma ditadura, sem dúvida transitória por tempo limitado,

e, nome de uma classe social, por exemplo, aqueles que se declaravam lutadores por uma democracia, mas na verdade, lutam por uma ditadura. Fato é que existe outro tipo de democracia, que é inimigo da democracia, e são aqueles que, em nome do ativismo, querem levar as decisões políticas para o plano da força, querem, querem usar de meios antidemocráticos, em nome de finalidades democráticas; esses são inimigos da democracia, porque, evidentemente, a generalização desta atuação radical levará à guerra de todos contra todos; quem sabe não seja uma democracia obesiana, planejada por idealistas.

Para finalizar, reitero que o êxito de uma democracia depende de numerosos elementos, não prescinde de ter uma estruturação constitucional adequada; mas que leve em conta, ao adaptar os princípios e as normas, os fatores próprios a cada estado, a herança histórica, o real respeito à lei e aos direitos fundamentais, aos hábitos eleitorais, aos eventuais desníveis socioeconômicos e culturais; tem de levar em conta o caráter de sua classe política, a eficiência da governança, a eventual presença de óbices como a corrupção ou a guerrilha. Enfim, a democracia é possível, mas não é fácil vivenciá-la.

O SISTEMA POLÍTICO E RISCO DE EROSÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO

A CRISE DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO NO BRASIL

Sérgio Antônio Ferreira Victor*

*Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP - 2013), Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub - 2011), Coordenador Adjunto do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da EDB/IDP e professor de Direito Constitucional da EDB/IDP e do UniCeub. Atualmente é assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).

O tema sugerido é Sistema Político e Risco de Erosão do Regime Democrático e a abordagem que proponho será focada no sistema de governo vigente no Brasil, intitulado presidencialismo de coalizão.

O termo presidencialismo de coalizão foi utilizado pela primeira vez ainda durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 87/88 em um texto do cientista político Sergio Henrique Abranches (ABRANCHES, 1988, p. 5 a 34). Ao cunhar tal expressão, ele procurou mostrar que a Constituição Brasileira de 88 mantinha alguns institutos e trazia novidades que poderiam gerar, ou que deveriam gerar uma democracia praticamente ingovernável. Dizia isto em razão de algumas questões: o Brasil era um país bastante grande territorialmente, com discrepâncias regionais extremamente relevantes; uma sociedade, portanto, bastante plural e que florescia social e economicamente com contendas bem acirradas em seu seio e com dificuldades claramente perceptíveis (ABRANCHES, 1988, p. 5- 6).

Para o referido autor, esta expressão significava uma mistura de presidencialismo, que seria, em sentido amplo, um sistema de governo no qual a eleição do Governo ou do Presidente da República se daria de forma dissociada da eleição para o Parlamento. De modo que é muito provável ou é bastante possível que nos presidencialismos em geral o Presidente da República não seja detentor de uma maioria no Congresso Nacional ou que o partido que venha a eleger o Presidente não eleja uma maioria no Legislativo.

Tudo isso, aliado ao sistema eleitoral proporcional de listas abertas geraria ainda mais problemas, porque nosso sistema proporcional gera uma tendência de proliferação de partidos políticos, ou seja, o que Sérgio Abranches estava a dizer, dadas as diferenças regionais e a vastidão territorial brasileira, é que o sistema proporcional de listas abertas para eleição da Câmara dos Deputados geraria um Congresso Nacional habitado por uma miríade de partidos políticos.

Tais partidos políticos, em geral, seriam frágeis ou débeis eleitoralmente, possivelmente, com presidente também não muito forte por não ser detentor da maioria para governar. Eis a razão por que o diagnóstico de Abranches – ainda à época da Constituinte de 88 - ser aquele de uma democracia ingovernável, ou de difícil estabelecimento de governo.

Na verdade, este diagnóstico que pode ter prosperado num primeiro momento foi ao final, pelo menos na metade do caminho, desmentido

entre os cientistas políticos em um processo de crítica à visão de Sérgio Abranches. Lamentavelmente e com raras as exceções, o debate sobre sistema de governo no Brasil, após o plebiscito de 93, ficou bastante esvaziado, pelo menos no meio jurídico, mas teve continuidade entre os cientistas políticos.

A partir, sobretudo, do governo de Fernando Henrique Cardoso – em seus dois mandatos – e nos governos do presidente Lula, os cientistas políticos passaram a fazer uma leitura dos dados recolhidos sobre o funcionamento desses dois governos baseada em dados estatísticos – o que aqui convém chamar de revisão empírica do funcionalismo de coalizão – e chegaram à conclusão de que, apesar do diagnóstico catastrófico de Sérgio Abranches, esse presidencialismo de coalizão, no Brasil, que é uma espécie de presidencialismo parlamentarizado, funcionava.

Isto quer dizer que, diferente de Abranches, que achava possível o sistema de governo levar a fortes tendências de paralisia, de um presidente impotente, fraco diante de um congresso habitado por uma miríade de partidos, eles chegaram à conclusão no sentido de que os governos em estudo governavam e governaram com taxas de sucesso relativamente altas. O que significa dizer que as iniciativas, sobretudo legislativas e, portanto, de implementação de políticas públicas, tanto no governo de Fernando Henrique quanto no de Lula, foram aprovadas no Congresso Nacional.

Chegaram a números muito otimistas – cerca de setenta a oitenta por cento – de aprovação no Congresso Nacional das medidas legislativas apresentadas pelos governantes. Dentro da visão desses cientistas políticos (Por exemplo, Fernando Limongi, professor da USP) , o Brasil foi governado durante todos esses mandatos com taxas de sucesso próximas às dos parlamentarismos europeus, portanto, um presidencialismo de certa forma parlamentarizado.

Esta foi uma tentativa de eles explicarem por que o presidencialismo de coalizão funciona no Brasil com taxas de aprovação e de sucesso próximas dos parlamentarismos modernos europeus. Para eles, a teoria politica diz que um sistema de governo funciona, de forma geral, adequada e eficientemente, quando o sistema eleitoral gera parlamentares cuja atuação seja nacional e que possibilite apoio ao governo ou consiga se ver refletido nos debates parlamentares.

Dizem, por exemplo, que mesmo em países como a Inglaterra ou Reino Unido, em que há um sistema majoritário com eleições por distritos; os debates nos distritos, em função de haver partidos políticos muito bem definidos, refletem um debate nacional entre os partidos políticos, de modo que mesmo o voto distri-

tal não impede que os candidatos, portanto, parlamentares, mostrem um ambiente nacional da política em que coalizões devem ser feitas com base em uma política nacional, se for o caso de governo nacional.

Fato é que para Sérgio Abranches isto seria muito difícil num Brasil com o sistema proporcional de listas abertas, dadas as situações apontadas por ele que levariam a uma enorme fragmentação partidária. No entanto, cientistas políticos que fazem uma revisão empírica do funcionamento do modelo, desfazem este pessimismo ao afirmarem haver meios de nacionalizar a atuação parlamentar no sistema de presidencialismo de coalizão. Esta visão otimista considera que o sistema eleitoral proporcional de listas abertas não gera parlamentares que consigam, em princípio ou por si sós, uma atuação nacional; normalmente, eles atuam visando à reeleição e, para isto, agradam o eleitorado para continuarem se reelegendo sucessivamente.

O que acontece nesse sistema de listas abertas é que o parlamentar, raramente, conseguirá sozinho bater o cociente eleitoral; significa dizer que um parlamentar com votos recebidos de um eleitorado específico não conseguirá votos suficientes para se eleger e as listas abertas é que lhe possibilitarão transferências de votos de outros candidatos do mesmo partido político ou, no caso do Brasil, da mesma coligação eleitoral a que ele pertença.

Isso quer dizer que, cerca de noventa por cento dos parlamentares eleitos não conhecem com exatidão seus eleitores, não sabem exatamente com quais votos foram eleitos porque recebem votos emprestados de outros candidatos do mesmo partido ou de outros candidatos da mesma coligação eleitoral – que pode englobar uma série de partidos. Posto isto, a atuação parlamentar, segundo estes cientistas políticos, a atuação destes parlamentares tende a ser aquela em que buscam conhecer ou construir o seu eleitorado durante a atuação parlamentar. Aqui está a primeira hipótese de nacionalização da atuação que é a associação do parlamentar ao prestígio presidencial. Os parlamentares tendem a se colocar ao lado do Presidente da República – já que ele é a única figura política eleita nacionalmente no presidencialismo.

O parlamentar, cada um em seu reduto eleitoral, procura acompanhar o Presidente em suas aparições públicas como inauguração de obras, os discursos presidenciais, formação da base do governo. Estas exposições aliadas a inaugurações de obras em seu reduto eleitoral é que constroem, edificam e fortalecem o eleitorado daquela determinada região.

Segundo os cientistas políticos, isto é uma nacionalização da atuação, porque o presidente exige em troca desta associação ao prestígio

presidencial que os parlamentares aprovem no Congresso Nacional sua agenda de governo. Eis, portanto, o Congresso Nacional como colaborador do governo na aprovação da agenda governamental. Dessa forma, aquele congresso habitado por uma miríade de partidos passa a colaborar para aprovação da agenda de governo.

Além dessa possibilidade de nacionalização, existe a liberação de emendas parlamentares ao orçamento – colocada por muitos cientistas políticos como importante no sistema de governo brasileiro, o presidencialismo de coalizão. É interessante que os parlamentares façam suas emendas ao orçamento e que o Presidente da República negocie com eles ou com os partidos políticos a liberação ou a execução dessas emendas orçamentárias, até para que eles consigam viajar juntos e liberarem as obras em seus respectivos redutos eleitorais.

Este processo de negociação permite que nesses trade offs, nesses processos de troca, o presidente, em contrapartida à execução de emendas orçamentárias, exija também a fidelidade do parlamentar, muito importante nesse sentido de possibilitar que o presidente governe ou que o Congresso Nacional aprove as medidas do Presidente da República. De maneira geral, há ainda o que os cientistas políticos chamam de poder de agenda no presidencialismo de coalizão. Ora, agenda é dizer o que, quando e de que modo deve ser feito.

Dentro dessa revisão empírica do funcionamento do presidencialismo brasileiro, o Presidente da República detém, no presidencialismo brasileiro, o poder de agenda, pois ele diz o que, quando e de que modo deve ser feito. O Presidente mantém, no presidencialismo de coalizão, este poder de agenda com base em três fatores: o primeiro deles é a intensa atividade legislativa do poder executivo; como detentor de iniciativas legislativas privativas ele pode pedir urgência para seus projetos de lei e, como detentor da possibilidade de edição de medidas provisórias, com isso, e, sobretudo atuando bem com base nisso, ele consegue um primeiro fator de controle da agenda política no sistema de governo.

Cabe lembrar que os cientistas políticos fazem um diagnóstico otimista do modelo brasileiro, tendo como base a Emenda Constitucional 32, de 2001 que, segundo o professor José Levi Mello do Amaral Júnior, trazia em seu bojo uma sistemática de trancamento da pauta do Congresso Nacional a partir da edição de medidas provisórias não votadas pelo órgão no prazo de 45 dias. Assim, com uma sucessão de edição de medidas provisórias por parte dos presidentes, em especial Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva, que editaram muitas medidas provisórias, ficou fácil controlar a pauta do Congresso

Nacional, que se tornava refém da votação das medidas provisórias editadas pelos presidentes. Assim, o presidente mantinha o controle da agenda do Congresso Nacional.

Outro fator, e agora conjugado ao primeiro, é a formação do gabinete de ministros. Contrariamente ao presidencialismo americano clássico, o presidencialismo brasileiro prevê ou possibilita que os Ministros de Estado do Poder Executivo sejam provenientes do Parlamento, do Poder Legislativo. Isso representa a comunicabilidade entre os poderes, em que os principais ministros são parlamentares indicados pelos partidos da base governista.

Certo é que alguns cientistas políticos e alguns juristas – contrários ao pensamento do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho - que sempre foi muito contrário à prática de edição de medidas provisórias - dirão que isto é algo comum e que faz parte do modelo como uma delegação tácita de poder legislativo, porque alguns membros do Parlamento, que formam a base governista, representam os seus partidos no Poder Executivo, pois compõem os ministérios do Presidente da República.

Por isso, as medidas provisórias vêm assinadas pelo ministro responsável pela pasta, por aquela área e pelo Presidente da República. Há aí uma delegação de poderes legislativos tácita ou, pelo menos, uma prévia aprovação das medidas legislativas adotadas pelo Presidente da República, uma vez que a sua base de apoio no Congresso Nacional faz parte do Poder Executivo que atua na formação do gabinete de ministros.

Além disso, há uma sistemática regimental nas casas do Congresso Nacional Brasileiro, que é a previsão de lideranças dos partidos do governo, da minoria, da oposição etc; melhor dizendo, uma sistemática de líderes partidários ou de blocos parlamentares de apoio ao governo, que são vistos pelos cientistas políticos como representantes do governo dentro do Congresso; de tal forma que o Presidente da República pode negociar com os líderes partidários – o que diminui sobremaneira os custos da negociação política. Com isso, o Presidente contém o poder de agenda, comprovado pelos cientistas políticos pelas taxas de sucesso de aprovação das suas medidas.

A formação de gabinetes com a comunicabilidade entre membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo, a edição de medidas provisórias com possibilidade de trancamento de pauta ou que confira ao Presidente da República poder sobre a pauta do Congresso Nacional foram fatores relevantes para o otimismo desses cientistas políticos quanto ao funcionamento do presidencialismo de coalizão, que funcionaria, no Brasil de forma parlamentarizada e em um modelo sui generis. O certo é que o sistema funcionou, porque os

governos governaram, sobretudo, durantes os anos FHC e Lula.

Agora, começo a fazer algumas críticas ao modelo e mostrar algumas coisas que foram modificadas com o passar dos anos. Algumas coisas foram modificadas recentemente. Foi aprovada recentemente no Brasil uma emenda constitucional, a de número 86, de 2015, que torna impositivas as emendas dos parlamentares ao orçamento. Além de muito recente e de possuir uma série de regramentos, ainda não se sabe como funcionará e qual será seu impacto na relação parlamentares-governo. Pode-se intuir que o poder de barganha do Presidente da República na execução das emendas, principalmente com base na execução das emendas parlamentares ao orçamento, tende a acabar ou a diminuir muito, haja vista serem obrigatórias ao Poder Executivo, no todo ou em parte.

Nesse contexto, um dos pilares do presidencialismo de coalizão, que seria a barganha por meio da liberação ou da execução de emendas orçamentárias e parlamentares tende a ruir. Outro pilar, que é o poder de agenda detido pelo Presidente da República em função de sua atividade legislativa de edição de medida provisória, já sofreu um baque imenso porque, em meados de 2009, no finalzinho do governo Lula, o então presidente da Câmara dos Deputados, hoje vice-presidente Michel Temer, propôs à Casa uma nova interpretação, uma interpretação sistemática do instituto da Medida Provisória na Constituição, que liberasse a pauta do Congresso Nacional e, portanto, a agenda do Congresso Nacional à votação de proposições legislativas de interesse do próprio Congresso, criando uma agenda independente da Instituição.

Esta interpretação acabou na prática com a sistemática de trancamento da pauta do Congresso Nacional a partir da edição de medidas provisórias pelo Presidente da República. A interpretação do presidente da Câmara foi impugnada pelos líderes de oposição por meio de um mandato de segurança e ainda está sub judice no Supremo Tribunal Federal. Todos os votos proferidos até o momento, ou quase todos os votos, como os do ministro Celso de Mello e da ministra Carmen Lúcia dão apoio à interpretação do tema no sentido do destrancamento da pauta. Isto libera o Congresso e faz com que o Presidente da República perca outra influente forma de controlar a agenda desta instituição, que era a de edição de medidas provisórias.

Certo é que a partir daí houve uma diminuição sensível no número de edição de medidas provisórias pelo Presidente da República. Precisamente, no governo da presidente Dilma Rousseff isto se torna perceptível. Questões bem mais subjetivas, no Governo Dilma, levam à certeza de que o governo não trabalha bem os outros elementos essenciais ao

presidencialismo de coalizão, tais como a nacionalização da atuação dos parlamentares e a capacidade de mantê-los como aliados políticos – fazer aquele processo de associação do prestígio presidencial a atividades parlamentares. Também não se trabalha bem neste governo os elementos de negociação com as lideranças partidárias no Congresso Nacional, o que eleva os custos de manutenção da coalizão de governo.

Isso tudo associado permite que se avance no diagnóstico e que se afirme que alguns dos pilares, ou pelo menos alguns dos mais importantes para o sucesso dos governos Fernando Henrique e Lula, já não existem formalmente no governo atual. Além do mais, o sistema de governo presidencialismo de coalizão depende de certo grau de entendimento dele mesmo para que o presidente consiga atuar nas brechas que o modelo impõe.

Diante do exposto, melhor dizer que o diagnóstico, ou seja, o contra-diagnóstico otimista dos cientistas políticos no sentido de que o presidencialismo de coalizão brasileiro funcionava adequadamente não é verdadeiro. Pode-se dizer que funcionou razoavelmente bem em termos de taxas de sucesso porque os governos pesquisados conseguiram governar, mas a custos bem elevados.

Durante o segundo mandato do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, e agora mais recentemente também, houve um estímulo à proliferação de partidos políticos; hoje são quase 40 partidos com representação no Congresso. De modo geral, esta proliferação impede que o eleitor, mesmo os mais treinados, consiga visualizar, o que é muito importante para a competição político-partidária, a relação entre governo e oposição. Esta miríade de partidos políticos impede a visualização da dicotomia essencial à democracia e que possibilita a competição partidária, razoavelmente inteligível pelo eleitor.

Fato é que se o Brasil mantiver o presidencialismo como sistema de governo, faz-se necessária a aprovação de alguma fórmula de cláusula de barreira ou de desempenho para que se diminua sensivelmente o número de partidos e para que se volte a ter alguma nitidez sobre a relação governo x oposição. Para finalizar, faço minhas as palavras de meu orientador José Levi Mello do Amaral Júnior, quando diz que o melhor para o Brasil seria inverter esta equação democrática, ou seja, não elegermos um governo que se coloque depois de eleito à caça de uma maioria parlamentar, para que se construa a partir desta maioria um governo. Seria, por assim dizer, uma evolução para um parlamentarismo de verdade, e não um presidencialismo parlamentarizado, como alguns denominam o nosso presidencialismo de coalizão.

4

DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMBATE À CORRUPÇÃO NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS (I)

LEI ANTICORRUPÇÃO

Fernando Luiz Albuquerque Farias*

*Pós-graduado em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília (UniCeub) e pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP (2008).; e Secretário-Geral de Consultoria da Advocacia-Geral da União (AGU).

Agradecimentos ao Ministro André, ministro do Tribunal de Contas da União, um tribunal administrativo no qual a Advocacia Geral da União é responsável por executar os seus acórdãos, buscar justamente a cobrança de multas em relação a maus feitos perpetrados por agentes públicos com os quais a advocacia geral da união tem grandes relações e que também terá em relação a nova lei. A lei de anticorrupção, principalmente, quando se estiver buscando a reparação dos danos.

Cumprimentos ao Ministro Gilson Dipp, ressaltando que é uma honra estar compondo a mesa com um ministro do STF, que sempre tem a grande admiração da Advocacia Geral da União pela sua atuação no Superior Tribunal como corregedor nacional de justiça, e também na comissão de verdade. Além da grata satisfação de ter estado em Portugal e ter tido inúmeros debates e conversas sobre lei de anticorrupção. Cumprimentos ao professor compatriota Paulo Saragoça, por quem nutro imensa simpatia. Portugal é uma segunda nação e deveria visitá-la mais amiúde; infelizmente, não é possível em virtude das funções no Brasil. Cumprimentos aos juízes, membros do Ministério Público, advogados públicos, delegados federais presentes e alunos da Universidade de Lisboa. Parabenizo o IDP pela realização do seminário e me coloco na condição de substituto do Ministro Adams, que não pode se ausentar do Brasil; o tema a ser abordado é a lei anticorrupção.

A lei, num primeiro momento, era chamada Lei da Empresa Limpa; muito conhecida, mas como Lei de Responsabilidade da Pessoa Jurídica, muito mais do que lei anticorrupção e, também, lei de empresa limpa. Na verdade, a nomenclatura que permaneceu foi a Lei Anticorrupção, ela tem uma lógica, inclusive, se aplicar o processo administrativo sancionatório. A palavra corrupção não tem, não pode ter sentido dado pelo direito penal, que é a participação do agente público; pode haver corrupção, no sentido lato, sem a presença do agente público. A corrupção e até o sentido que a lei dá é sempre sobre relativamente à sobreposição de interesses privados sobre os interesses públicos e coletivos, e pelos diversos tipos que se pode ver da lei anticorrupção. Os tipos administrativos previstos na lei são verificados por alguns casos, que até prescindem dessa participação do agente público.

Se puder entender a corrupção de uma forma mais geral, mais lata, tratar da corrupção é uma questão que mexe muito com todos, sejam

15/03/16 19:08

brasileiros, sejam portugueses. Corrupção existe no mundo inteiro, e o grande problema é que há consequências, inclusive para os direitos fundamentais. Ela viola a imagem, a honra, a própria moral de uma nação, verifica-se que diante de casos de corrupção há uma comoção geral de toda sociedade. Muitas vezes, as empresas do país e o próprio país acabam tendo uma imagem perniciosa perante outras nações e isso é ruim para a população e para a nação como um todo. Além disso, ela fere a dignidade, a justiça, inclusive, quando perpetrada por pessoa jurídica ocasiona um descumprimento da função social da propriedade, da livre concorrência, que deve ser ínsito do exercício da atividade econômica.

A lei anticorrupção, a priori, carecia de ordenamento jurídico, uma lei que focasse diretamente a empresa, a pessoa jurídica, a sua responsabilização, tinha a lei de improbidade que é até possível estendê-la para pessoa jurídica, mas que era muito mais relacionada às pessoas físicas e aos agentes públicos, inclusive, não, se na ação de improbidade, a possibilidade propô-la sem ter no polo passivo um agente público.

Além disso, existiam algumas sanções e algumas previsões de alcance à lei de licitação para as pessoas jurídicas, mas efetivamente, uma responsabilização direta e pessoal da pessoa jurídica. Existia essa carência, não só em relação a essa responsabilização, é que o país passa por um momento em que a corrupção tem que ter um compromisso não só parte do poder público, mas efetivamente a partir de toda a sociedade na iniciativa privada e também uma necessidade de recrudescer essa visão de que atividade empresarial não é uma atividade simplesmente financeira, econômica, mas é uma atividade que deve visar a governança, deve visar a ética, e o compromisso com toda a sociedade, ou seja, uma sustentabilidade da atividade perante a sociedade.

A lei teve algumas inspirações; primeiramente, é importante falar naquele caso emblemático Watergate que envolvia o presidente Nixon; ocorreu que os promotores que investigavam Watergate também acabaram identificando supostas doações, contribuições ilegais de empresas e de corporações estrangeiras em campanhas políticas, em virtude disso os Estados Unidos editou uma lei, em 1997, buscando apenar de forma rigorosa atividades de empresas estrangeiras em atividades relacionadas ao suborno e à corrupção de agentes públicos. Tendo editado esse ato, os Estados Unidos também fizeram uma gestão internacional e conseguiram que se aprovassem algumas convenções. A convenção sobre o combate à corrupção em transações

comerciais internacionais, que é da organização para cooperação e desenvolvimento econômico; a convenção interamericana contra a corrupção da organização OEA e, também, a convenção das Nações Unidas contra a corrupção.

Em virtude desses diversos diplomas internacionais, o Reino Unido acabou editando uma lei que tratava da corrupção feita por empresas, pessoas jurídicas; e o Brasil que internalizou todos esses atos internacionais entendeu por bem também expedir a lei anticorrupção. Chegou a fazer uma alteração no código penal tornando crime a corrupção de agentes públicos estrangeiros ou a própria corrupção feita por empresas estrangeiras no país e acabou tendo nesses diplomas a inspiração da lei, conforme colocado pelo Ministro Gilson Dipp.

A priori, o projeto encaminhado em 2010 não previa um acordo de leniência, ele apenas previa responsabilização da pessoa jurídica e, em 2010, foi encaminhado para o Congresso Nacional. Em virtude dos protestos de 2013, que começaram com aumentos de tarifas, depois, um protesto contra os gastos relacionados aos grandes eventos, copa do mundo, olímpiadas e uma insatisfação da população pela prestação de serviços públicos acabaram gerando toda uma pressão de campanhas contra a corrupção. Em virtudes destes protestos, o Congresso Nacional aprovou essa lei incluindo o acordo de leniência que não estava previsto anteriormente, e se inspirou muito no acordo de leniência do CADE, inclusive esta inspiração traz uns problemas em relação à aplicação da lei anticorrupção. Em relação à lei, ela entrou em vigor em 2014, 180 dias após a sua publicação, e apenas em 18 de março de 2015 foi expedido o regulamento. O professor Fernando Luiz Albuquerque de Farias participou na discussão desse regulamento a pedido do Ministro Adams e também tem acompanhado as diversas negociações e tratativas para eventuais acordos de leniência, a ideia era que sua participação pudesse trazer luz ao debate dessa experiência tanto na elaboração do regulamento como na elaboração na análise de eventuais acordos de leniência.

Uma primeira questão, muito criticada, inclusive, é se realmente a lei seria uma lei penal encoberta, até o Ministro Gilson Dipp colocou essa posição, outros doutrinadores colocaram essa posição, entre eles está o advogado Pierpaolo. É uma crítica grande, primeiro, há uma analogia nas descrições dos tipos dos ílicitos administrativos com crimes de que as penas seriam por demais altas, inclusive havendo penas que comparando com leis ambientais responsabilizam também a pessoa jurídica, haveriam

penas por demais exacerbadas. Em relação a esse ponto é importante colocar que outras normas também administrativas preveem tipos ilícitos administrativos que também tem descrição análoga a crimes, efetivamente não cabe a alegação com base nesse fundamento ser uma lei penal encoberta.

O fato de ter sanções bem graves pela prática desses ilícitos não seria suficiente para desnaturar essa lei. Entende-se que, aplicando a teoria do processo administrativo sancionador, e que é bastante defendida pelo ex-promotor Fábio Medina Osório, existe uma separação conceitual da teoria da sanção e a teoria do processo em que efetivamente no caso da lei anticorrupção, apesar de ela ser aplicada pelo Ministério público, ela visa, na verdade, uma relação administrativa e mesmo uma sanção administrativa; e por isso ela estaria dentro do campo do direito administrativo sancionador. É, portanto, uma lei administrativa sancionadora, podendo até ser chamada uma lei de improbidade empresarial, usada para suprir a lacuna da lei de improbidade. Embora o termo improbo não seja conceitualmente bem colocado no caso concreto, porque improbidade, ser improbo demandaria uma identificação de vontade e é o que a lei não busca em virtude da responsabilidade objetiva.

As principais inovações da lei é que prevê um processo administrativo para sancionar ilícitos, prevê também para as próprias sanções administrativas um processo civil, algumas dessas sanções que não são aplicadas no processo administrativo, são no processo civil. Ela tem um estímulo ao compliance, que só previa isso com uma causa atenuante para aplicação da pena de multa, mas isso acabou entrando no acordo de leniência buscando esse estímulo ao compliance. Ela também estabelece a criação de um cadastro nacional de empresas públicas perdão, de empresas punidas e isso é muito importante para consulta de todos aos entes, inclusive a fins de participação de licitação e contratação do poder público.

A primeira inovação no processo administrativo tem algumas questões que valem a pena ser debatidas nesse seminário, nesse painel que geram alguns questionamentos por parte da doutrina. Primeiramente, existe a descrição na lei dos atos lesivos contra administração, seja pública nacional e internacional; e o primeiro questionamento foi o fato de estar repetindo descrições já previstas como crimes em outros diplomas e que isso ocorre em diversos diplomas. Mas uma questão que é bastante interessante, e que se fala inclusive, não teria algumas dessas descrições, relação com o poder público, até porque

prescindiria da presença do agente público nesses atos nesses ilícitos, e por isso até haveria uma crítica nisso também, esses atos ilícitos, esses tipos estarem previstos num processo administrativo.

Convém lembrar a teoria do direito administrativo sancionador, algumas daquelas condutas como, por exemplo, conluio entre empresas ou mesmo a utilização de uma empresa interposta para dissimular interesses, embora não tenha a presença do agente público, entende que esses atos, os atos escritos pela lei tal como no seu caput, eles atentam também não só contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, mas também contra princípios da moralidade, e por isso a sua relação administrativa e possibilidade de estar prevista como um ilícito administrativo e ser analisado em processo administrativo.

Ainda sobre os atos ilícitos, existem dois atos que realmente criam certa arguição, um seria o uso de pessoa interposta para dissimular reais interesses; há um questionamento por parte da doutrina, se haveria o interesse de aí estar investigando apuração, ato de terceiros, e que aí não haveria um interesse do processo administrativo, mas entende-se que na verdade o que se está buscando é o ato da própria empresa que busca se beneficiar usando outra pessoa jurídica interposta, e que o foco do processo administrativo seria não no terceiro, mas nessa pessoa. Outra questão interessante em relação aos atos ilícitos, e uma alegação da dificuldade do ato ilícito de dificultar atividades de investigar.

A doutrina critica que há um direito a todos de não produzir provas contra si, então que esse ilícito seria desarrazoado, mas caberá ao aplicador da lei verificar os outros órgãos que podem examinar a questão diante de um questionamento, que a dificuldade não é o fato de estar se produzindo prova contra si, mas de alguma forma estar querendo dificultar o acesso a provas, que aí seria uma temática, algo que caberia uma operação.

Outra questão interessante no processo administrativo é se aqueles atos ilícitos seriam numerus clausus ou numerus apertus; a priori, o entendimento é que a lei pela sua redação, aqueles casos não são exemplificativos, mas são taxativos, muito embora o Caput fale de atos que atentem contra o patrimônio, isso em princípios administrativos. Outro fato da lei é que ela tem uma competência extraterritorial, ela irá se aplicar eventualmente corporações, mesmo que estrangeiras, é uma questão que vai ter que se verificar e como compatibilizar aplicação de sanções tanto no país como no exterior.

Outro ponto que se tem de colocar no processo administrativo, é um questionamento que se tem levantado

sobre a competência de instauração e julgamento desse processo. Em relação a esse tema, existem mais dois; primeiro é a lei, como o Ministro Gilson colocou, de fato ela fala da autoridade máxima, para ter essa competência, o entendimento seria no poder executivo que em grande parte ocorreria à instauração por ministros de estado, embora a lei fale em autoridade máxima de órgãos ou entidades. A competência de instauração de processo e entidades pode causar certa dificuldade e questionamentos, alguns doutrinadores tem colocado a dificuldade inclusive de uma empresa estatal estar abrindo esse processo de apuração mesmo firmando acordo de leniência, que no caso não é previsto para essa autoridade, que foi algo que alei se ateve, mas uma própria dificuldade de apuração perante uma autoridade máxima ou empresa estatal, em virtude da sua atuação no mercado, e ela estaria julgando empresas que estariam competindo com ela, então esse é um ponto que tem gerado bastante controvérsia em relação ao tema.

Há uma previsão de avocação, de competência concorrente da Controladoria Geral da União, como foi colocado pelo Ministro Gilson. De fato, a competência concorrente deve ser supletiva, a avocação pode ser feita qualquer tempo, e até uma das funções da controladoria, como órgão de corregedoria ou órgão disciplinar de estar verificando o correto andamento de processos, a correta aplicação, o regular andamento de processos, mas existe esta competência concorrente. Em relação a essa competência concorrente, o regulamento tentou de alguma forma regulamentar essa competência para casos específicos e previu uma competência no caso de omissão da CGU concorrente, no caso de inexistência de condições objetivas de apuração que os órgãos não têm condições nem pessoal capacitado para essa apuração, a complexidade do ato a ser apurada, a repercussão, relevância, o valor dos contratos, e apuração que envolve aí apurações relativamente a atos que envolvam mais órgãos. Em relação a esses três últimos, as repercussões de relevância, valor dos contratos, apuração que envolva mais de um de órgãos, a administração vai ter que ter certa cautela de não estar efetivamente, a controladoria arvorando da atuação nesse processo, mas atuando de forma supletiva. Outro item bastante discutido no regulamento e em relação ao duplo grau administrativo cogitou-se inclusive no regulamento de criar, tendo em vista o fato de se entender que a autoridade máxima do órgão poderia recair sobre o ministro de estado, pensou-se, cogitou-se em criar um órgão colegiado de ministros de estado para julgar eventualmente recursos das decisões desses ministros de estado, optou-se por até uma experiência que não tem sido muito boa na lei de acesso à informação, no qual há um colegiado também como instância recursal, mas esse colegiado tem uma dificuldade muito grande de reunião dos ministros, e uma sensibilidade de estarem ministros sendo julgados por ministros, e isso até questionamentos sobre violação do princípio da hierarquia na administração pública; optou-se por então fazer apenas a possibilidade de pedido de reconsideração, embora seria desejável que um órgão hierarquicamente superior revisse todo o processo, mas teve essa opção em virtude de que algumas decisões do Supremo Tribunal Federal dão a entender que não haveria uma obrigatoriedade do duplo grau no âmbito administrativo.

Certamente, também há uma previsão na lei de um processo civil para aplicação de sanções administrativas, sanções de perdimento de bens, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, de dissolução compulsória, e proibição de receber incentivos de pessoa jurídica, o interessante desse processo civil é a possibilidade do Ministério Público no caso de haver omissão por parte da administração também atuar nesse processo. Entrando nas questões mais polêmicas da lei, há previsão da responsabilidade objetiva, como uma das inovações da lei para pessoa jurídica. O primeiro ponto que é importante, é que a ideia da responsabilidade objetiva foi justamente o fortalecimento daquele ambiente institucional de repressão e de comprise.

Existem críticas sobre essa responsabilidade, primeiro, não haveria uma previsão constitucional da responsabilidade objetiva, haveria apenas duas previsões de responsabilidade objetiva de pessoa jurídica, e uma seria em relação à própria administração pública, e outro em relação às pessoas jurídicas, mas no caso de acidentes nucleares, e haveria um questionamento em relação a isso, primeiramente, o fato de não haver essa previsão, mas também não há nenhuma vedação da responsabilidade objetiva na esfera administrativa e civil, o que deixa entender que é possível, plenamente compatível no processo administrativo sancionador haver essa possibilidade.

Outra questão bastante interessante em relação à lei é a desconsideração da personalidade jurídica, há essa previsão, no caso de havendo fraude, abuso de direito, de se alcançar as pessoas físicas. Há um questionamento doutrinário que a administração vai ter que se debruçar, na medida em que a lei prevê a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, em relação aos administradores, ela fala de responsabilidade conforme a sua culpabilidade, ou seja, o

grau de reprovabilidade da conduta do administrador. Então isso pode ocasionar de que num processo de apuração no qual se veja, se mostre necessária a desconsideração da personalidade jurídica, que se faça necessário adentrar nessa seara da culpabilidade da pessoa física.

Outro tema importante para se considerar é o acordo de leniência, o acordo de leniência como dito anteriormente, foi introduzido no Congresso Nacional, não havia essa previsão na lei. Foi introduzido buscando inspiração na Lei do CADE, e tem algumas dificuldades em virtude dessa previsão, em relação à lei do CADE, existe essa previsão da primeira empresa que busca nesse controle da concorrência fazer denúncia de se manifestar para cooperar para apuração, só que no âmbito do CADE está falando de concorrência entre empresas, de concorrência, de defesa da ordem econômica, diferente da lei de anticorrupção que se fala de ilícitos, e o regulamento acabou optando-se por deixar mais claro essa questão no próprio CADE.

E há possiblidade do segundo fazer um acordo, mas em relação a fatos novos, e na lei houve uma necessidade na regulamentação de deixar bem claro que o primeiro apurar seria o primeiro a querer se manifestar para cooperar deveria ser em relação a atos específicos e que não deveria se entender como atos gerais sob pena de casos tal como a Lava Jato que já houve envolvimento de inúmeras empresas, isso torna impossível qualquer de leniência.

É interessante falar sobre o acordo de leniência, o acordo de leniência a priori, a lei falou até pouco da reparação do dano, e do regulamento. O governo federal entende que o acordo de leniência é uma seara, uma instância administrativa no qual se pode agilizar a reparação do dano, e houve-se um destaque para isso, seja no compliance, seja na reparação do dano. A busca pela reparação do dano na justiça tem demorado muito, e tem sido por demais ineficientes, por exemplo, a AGU de todas as reparações que ela busca, tem uma efetividade apenas de 10% de conseguir essa reparação de valores desviados. No caso, a previsão do acordo de leniência busca agilizar, mas também é um Calcanhar de Aquiles, porque vai existir uma grande dificuldade da fixação do valor desse ressarcimento dos parâmetros, alguns casos ficam muito difíceis, principalmente no caso da Lava Jato, é difícil falar sobre preço, inclusive porque órgãos da própria Petrobrás entendem que na fixação dos preços houve o acolhimento de tabelas internacionais, houve todo um estudo, e que não houve preço inclusive, a inexistência desse sobre preço é defendido inclusive perante o próprio Tribunal de Contas da União.

Então há uma dificuldade muito grande, mas em alguns casos tem-se verificado que alguns contratos que em condições normais, temperatura e pressão poderiam se dizer que eles estariam dentro dos parâmetros de mercado, na medida que a empresa alega e assume que fez um mal feito, que cometeu um ato ilícito, eventualmente até um ato de corrupção, é possível identificar, e alguns casos a auditoria, e no caso específico da auditoria da Controladoria Geral da União, têm-se identificado valores que extrapolam o razoável, e se entende que esses valores seriam aptos à reparação, esses valores terão que ser efetivamente objeto de controle do TCU, é muito saudável a participação do Tribunal de Contas da União, e inclusive do Ministério Público.

Entende-se e busca-se tanto a Controladoria Geral da União, como a Advocacia Geral da União a participação do Ministério Público em eventuais propostas de acordo de leniência, só que infelizmente, principalmente a área que atua na persecução penal tem interesses um pouco diversos do acordo de leniência do Governo Federal, que busca a reparação do dano, que busca o compliance, isso até para não causar danos para economia brasileira, seja para área de construção civil, seja em relação ao sistema financeiro que tem empregado valores significativos nessa área, e em virtude disso, tem-se tido dificuldades, é muito bem vinda, e faz parte do estado democrático de direito, eventuais questionamentos a esses acordos de leniência, no qual a administração terá a Advocacia Geral da União para falar de legalidade, de defender sua legalidade.

Faz-se necessário dizer que facilitaria muito a vida da Controladoria Geral da União se ela fosse a única autora, a única responsável pela celebração de acordo de leniência, mas entende também que é muito saudável a existência de outros órgãos. Órgãos que vão controlar efetivamente essa medida, que possa ser eventualmente adotada, e que faz parte do estado democrático de direito, e que vão ser necessários, no caso, o próprio Tribunal de Contas da União e poderia aplicar até uma pena de nulidade prevista na sua lei orgânica à empresa, o próprio Ministério Público pode entrar eventualmente com ações de impropriedade, e isso tornaria inócuos os acordos de leniência. Embora possam ocorrer tais fatos, a celebração do acordo de leniência terá que ser defendido pela Advocacia Geral da União em relação à de legabilidade e em relação até a impossibilidade de ocorrer Business Idem em relação a alguns atos ilícitos se eventualmente outros órgãos sentirem a necessidade de aplicar outras penas administrativas.

A DEMOCRACIA E O CÓDIGO DE ÉTICA

Gilson Dipp*

*Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS); Ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ); Ex-Presidente do Tribunal Federal da 4ª Região; Ex-Coordenador-Geral da Justiça Federal; e Ex-Corregedor do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Agradecimentos ao professor Blanco de Morais, ao Ministro Gilmar Mendes. Saudações particulares aos membros da mesa e, em especial, aos professores Jorge Miranda e Manoel Gonçalves.

A temática a Democracia e o Código de Ética aparece referendada pelo Diário de Notícias de Lisboa, edição de segunda-feira, 06 de abril, cuja manchete era a seguinte: "Justiça vai punir funcionários que aceitem presentes ou favores", porque as regras, as detenções de dirigentes de organismos públicos levaram à criação do código de ética, que também impede a participação de funcionários em decisões que envolvam familiares. Os funcionários do Ministério da Justiça estão proibidos de receber qualquer prêmio, presente ou favor e, para evitar tais práticas foi criado o código de ética.

A medida do professor Gonçalves está incluída na atualização do plano de gestão de risco de corrupção e infrações conexas de Portugal e refere-se à operação denominada Labirinto – nome criativo, como no Brasil. No ano passado, esta operação e as eventuais contrapartidas para atribuição de vistos GOLD, com envolvimento de altos funcionários da área da justiça, geraram enorme escândalo e levaram à demissão de um alto funcionário; uma alta funcionária do Ministério da Justiça estava detida em prisão preventiva, ainda detida até a data da publicação da reportagem do Diário de Notícias.

Qualquer semelhança deste fato com o que ocorre no Brasil, não é mera coincidência. Todo o mundo moderno dos países inseridos nessa economia mundial, inclusive, agora na China, adotou amplas políticas públicas anticorrupção. Convém lembrar que o Brasil está inserido nesta ampla política, apesar de saber que, quanto mais se avança em regras, em leis, em atos normativos, acresce muito mais entre as pessoas a ideia que os atos praticados contra a administração pública são cada vez mais frequentes. Parece que os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e do devido processo legal, e os princípios fundamentais são esquecidos vez ou outra, ou corriqueiramente.

O Brasil tinha e tem compromissos internacionais; ele é signatário de vários compromissos internacionais, convenções internacionais, tanto no âmbito da ONU, OEA, OCD em relação à corrupção; é signatário também de inúmeros tratados de convenções do Ministro André em

relação a direitos humanos, mas o país não é bom cumpridor de suas obrigações contratuais internacionais.

Ainda há um estigma por aqui de que convenções e tratados internacionais se constituam em um estigma, porque em nome de uma soberania obsoleta, de uma ordem pública não identificável, continua a tratar as convenções, às quais soberanamente aderiu, como se fosse um corpo estranho, a sua legislação. E o Supremo Tribunal Federal tem uma grande parcela de responsabilidade, porque trata os tratados internacionais com modulações – outra palavra que está na moda, com maior ou menor respeito, ou tratado como recomendações; outras vezes, como lei ordinária e custando, por exemplo, na questão da emenda constitucional, que diga respeito humano como norma constitucional.

Fato é que o Brasil, oprimido pela OCDE, pela comunidade europeia, pelos Estados Unidos, tinha a obrigação de criar uma lei que responsabilizasse a pessoa jurídica por atos ou por ilícitos praticados contra a administração pública. Não bastava o significativo número de leis penais, tipos penais, entre os quais o da corrupção de agente público estrangeiro. Agora, no anteprojeto do código penal, após muita discussão, foi introduzido o tipo penal do enriquecimento ilícito, matéria de tratados e convenções internas, há muito tempo formuladas no Brasil.

Em Portugal, o tema tráfico de influência teve uma discussão muito grande, tão grande que o código de quarenta professores ainda se chama de Advocacia Administrativa; isto é um desenho para os advogados, a não ser que eles também cometam a conduta tipificada. No Brasil, é aprovado às pressas o projeto de lei dos movimentos sociais e Junior de 2013, e aprova, finalmente, a Lei 12846, chamada Lei Anticorrupção.

Não adianta chamar a CGU, a AGU de lei de empresa limpa, o nome Lei Anticorrupção já colou; o que não colou foi a lei, que talvez não cole, porque ela é elaborada com métodos, com conceitos modernos, necessários de responsabilização objetiva, de multas, de programas de prevenção, ou complience, que é muito antigo. O Banco do Brasil já faz complience há muito tempo, por força da lei de lavagem de dinheiro, fiscalizado pelo Banco Central – é aquela velha política, conheça o cliente do seu cliente, conheça o seu cliente; conheça recursos dos negócios do seu cliente, conheça a ex-namorada de seu cliente, ou a ex-mulher do seu cliente, essa é a melhor colaboradora, e não é premiada, basta a vingança.

A mensagem do presidente brasileiro Lula, ao iniciar a Lei anticorrupção, dizia que essa lei supriria as deficiências do Estado decorrentes de intervenções internacionais firmadas pelo país e daria transparência à prática empresarial, principalmente, na contratação, como estado, para evitar corrupção e suborno; tramita na Câmara e, na visão do relator deputado Carlos Zarattini, esta lei, entre aspas, visa a suprir a lacuna do Estado Brasileiro, principalmente, no aspecto da corrupção e do suborno; vai para o Senado e o discurso do relator senador Ricardo Ferraço, com o mesmo discurso, diz que a Lei visa, inclusive, modernamente à responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos ilícitos praticados contra a administração, em especial, suborno e corrupção. A pergunta ao ilustre ministro do Tribunal de Contas da União é a seguinte: será que a palavra suborno é encontrada em algum artigo, inciso ou parágrafo da lei anticorrupção? Mereceria um cafezinho aquele ministro que a encontrar.

Isto demonstra que o legislador tinha necessidade de ter uma regra para punir as pessoas jurídicas com a responsabilidade objetiva, mas o caminho é tortuoso, porque não poderia ser uma lei penal; porque, no Brasil, a responsabilidade penal é responsabilidade objetiva, decorre do dolo, ocupa strictu sensu, teoria da culpa, ou princípio da culpa, ou teoria finalista do crime, em que o essencial e o dolo compõem o tipo penal. Logo esta Lei teria ampla rejeição, porque os penalistas, ademais como civilistas, não se entendem em nada.

A responsabilidade penal existe no direito brasileiro, mas apenas para crimes ambientais – artigo 225 da Constituição, e depois, nos crimes ambientais. Dizem os primeiros acórdãos do STJ – o Ministro Gilson Dipp foi relator do primeiro acórdão – reconheceram a responsabilidade das pessoas jurídicas por crimes ambientais, anos e anos após a Constituição professora; e anos e anos depois, dos crimes ambientais. A reação do colegiado, baseada nas teorias alemãs, e teorias disso e daquilo, foi muito grande, tanto que os primeiros acórdãos responsabilizaram objetivamente a pessoa jurídica por crime ambiental, desde que, na denúncia, também figurasse como polo passivo da ação penal o diligente, o agente, ou o diretor do órgão, da empresa que cometeu o crime em proveito dela. Recentemente, parece que apenas o Supremo se desligou desse acompanhamento da pessoa física integrante da pessoa jurídica.

Fato é que a lei com esses conceitos e com uma série de inovações, além da responsabilidade objetiva, o acordo de leniência, as multas, a autoridade administrativa, competente para abrir o processo administrativo de

responsabilização; não se sabe qual é ou quais serão os entes lesados em cada caso.

Todos estes conceitos, as condutas previstas na lei anticorrupção, como práticas ilícitas contra administração pública, todas as condutas, todas elas têm o correspondente tipo penal; certamente, o administrador ou o judiciário, ao aplicar a lei de maneira inconsciente, vai se guiar por princípios do Direito Penal, trazendo para o processo administrativo um novo ator, e não o desejado, que é o judiciário e o Ministério público. Há outros acordos, outros atores – também indesejados no acordo de leniência – como é o caso do Tribunal de Contas, como bem se sabe; como é o caso do Ministério público, que já tem a colaboração premiada; acordo de leniência é com a Administração Pública, com o ente lesado.

As atribuições constitucionais e legais estão definidas no nosso sistema, mas agora, parece que todos querem tirar uma casquinha da lei anticorrupção. Apesar de alguns não concordarem, como é o caso do doutor André aqui presente, a lei anticorrupção está inserida em um sistema constitucional, num sistema legal em que ela não tem circulação, não é bem vista. O nosso sistema não favorece uma lei com tantas inovações; não que elas não se façam necessárias, mas é um sistema que tem repúdio, por assim dizer, por algumas dessas medidas.

Aquilo que se vê hoje é uma lei que visa a punir, sancionar, administrativa e civilmente, pessoas jurídicas privadas, e por que privadas? Privadas por atos contra a administração pública, uma lei que tem cheiro de direito penal, gosto de direito penal, tato de direito penal; mas não poderia adentrar ao legislador uma lei, dentro do sistema brasileiro de direito penal, que puna, objetivamente, pessoa jurídica; logo, vai-se para o direito administrativo, para o direito civil; para aquilo chamado pelos administrativistas de Processo Administrativo Sancionatório, que mesmo para apurar a responsabilidade objetiva deve estar comprometida com a ampla defesa, com o devido processo legal e o contraditório, e com os recursos cabíveis.

No Brasil, o procedimento administrativo da Lei Anticorrupção não pode estar desligado do sistema do processo administrativo disciplinar como um todo; ela não trata de recursos, e o regulamento, que será abordado depois pelo Fernando, trata de forma tímida esta reconsideração. Mas a Constituição e as leis referem-se ao recurso hierárquico, reconsideração é formulada para o mesmo aplicador da sanção, e não por um recurso hierárquico de um superior. De certa forma, quem vai dar, e muito logo, qualquer interpretação sobre esta questão é o judiciário; última palavra no sentido de palavra imediata; esses processos administrativos agora instaurados, e ainda desconhecido por alguns, estão sendo convenientes para algumas empresas envolvidas em determinados acontecimentos, cujos acordos de leniência, em tese, a favorecem, porque um dos objetivos é não ter perdido o financiamento público. Mas, indubitavelmente, o primeiro processo instaurado fora desta operação Lava Jato, a portaria que o instaura, este processo será judicializado.

Claro está que apenas as pessoas jurídicas de direito privado podem sofrer as sanções do processo da Lei Anticorrupção, porque no nosso sistema constitucional administrativo, pelos princípios orgânicos da administração brasileira, a administração não pode delinquir contra a administração, a administração não pode praticar atos ilícitos contra ela mesma. Não é princípio administrativo que a administração visa ao interesse social, ao bem público; seria uma autofagia das entidades estatais brasileira, claro, o que se pune é a pessoa física, o agente político, o agente público, que cometeu o ato ilícito em proveito da empresa, ou em "desproveito" da empresa. Eis a razão da pergunta, feita pelo ex-presidente do TCU, Benjamin Zymler, se, no caso da Petrobrás, o ministro achava que era corrupção; falavam, de maneira grosseira, que era superfaturamento. Será que no mundo moderno, transnacional, grandes empresas públicas, que tramitam em várias Bolsas de Valores mundiais, principalmente as concessionárias de serviço de obras com o Estado, tinham o poder de sofrer superfaturamento?

Aquele conceito de preço relativo, em licitações e em contratos públicos no mundo tem parâmetros definidos matematicamente, com fórmulas que são impossíveis; por exemplo, é impossível uma empresa pública internacional, com circulação na Bolsa de Valores de Nova York e de outros centros comerciais, dizer que não sabia que estava sofrendo superfaturamento; ou são incompetentes, ou não há um sistema; ou sabe-se que o preço não é aquele, não saber quanto é que se pode gastar. Aquela parafernália de dirigentes, técnicos altamente competentes serão inocentemente enganados por preços de empresas que, geralmente são convidadas a participares da licitação convite. Isto é algo inconcebível, inacreditável e, portanto, nenhuma das duas explicações satisfaz; a primeira tem de ser provada, a segunda, objetivamente impossível que isto aconteça.

Vê-se que a contratação com o estado de serviços públicos ou obras

públicas de empresas privadas é um sistema altamente viciado, no âmbito municipal, estadual e federal, nas três esferas do poder legislativo, executivo e judiciário. Faz parte, isto não se justifica, mas faz parte da negociação da contratação atos que transbordem daquela transparência. Isto é o pretendido e que, em princípio constitucional, a lei possui várias outras questões, uma delas é o chamado acordo de leniência que a empresa se propõe a fazer com o ente público lesado – novidade no nosso sistema administrativo.

E não é a CGU a titular do processo administrativo de responsabilização, é o ente público a mais alta autoridade do ente público; não é o Ministro de Estado, como quer o regulamento; aliás, regulamento que tardou 19 meses e foi editado às pressas – bem o sabem o TCU e o Ministério Público e a própria CGU – voltado para a situação atual, de fato; não uma lei ou um regulamento de projeção nacional; foi para atender uma situação emergencial e isso contraria toda a elaboração legislativa ou regulamentadória. O acordo de leniência está previsto, também, na lei do CADE, está previsto na lei de anticorrupção, e é uma síntese da colaboração premiada no direito penal.

A Lei Anticorrupção diz que a empresa deve ser a primeira a manifestar o seu interesse, a primeira frente à administração, mas não como na lei do CADE, que é a primeira entre as empresas que apresentam essa proposta de colaboração. Sem pretensões doutrinárias e endossando as palavras do doutor Castilho – em uma edição lançada pelo IDP – que diz que o acordo de leniência pressupõe, para a empresa, muito mais dificuldades, muito mais dissabores, porque é um acordo entre as duas partes; a empresa se desnuda perante a administração pública dilatando uma série de medidas ou de atos, em que ela não tem, sequer, a contrapartida da aceitação, e os benefícios são cada vez menores.

Custa acreditar, mas é uma verdade. Essa lei era difícil de ser aplicada tal como ela está devido às inúmeras dificuldades inerentes a ela; não é uma crítica à lei e a sua situação; à proposta legislativa que visava a combater o suborno e a corrupção, mas, meramente, é a interpretação do direito. Sabe-se que a interpretação do legislador não é o melhor método de interpretação de uma lei, porque ela editada possui luz própria, vida própria, autonomia, e se transforma de acordo com as modificações da sociedade, dos intérpretes; que também se modificam com os acontecimentos do dia a dia. Mas essa é uma lei penaliforme, e esses conceitos, necessariamente, trariam dificuldades que, certamente,

aumentarão com o regulamento.

Isto aconteceria porque o tempo é escasso, o regulamento extrapola em muito a lei, e regulamento não pode extrapolar a lei, e que ela visa a regulamentar. No entanto, o regulamento diz que caberá à CGU, Controladoria Geral da República da União, instaurar e julgar processos administrativos quando houver uma série de elencos, omissão, valor do contrato etc; e a lei diz que a autoridade máxima do órgão administrativo é que será responsável pelo processo administrativo de responsabilização; e a CGU tem competência concorrente e, em especial, por omissão do ente público lesado, omissão ou inércia, só. Competência concorrente é competência subsidiária, que apenas a CGU no âmbito federal atua na omissão do órgão lesado, mas tão somente, para suprir a omissão; suprindo-a, o processo volta para o órgão estipulado pela lei. Como está, a CGU pode atrair si esta competência - fique claro ao Ministro Valdir Simão – para si uma competência jurisdicional para a prática de seus atos, que pode vir a anular um processo administrativo e isto ninguém quer. Quando ela não for competente, ou por abuso de poder, ou por extrapolação de competência, ela tem uma competência, outra competência.

Fato é que o Supremo já decidiu quanto à Corregedoria Nacional de Justiça, e às Corregedorias dos Tribunais que a competência do CNJ é uma competência concorrente; o que não se pode aquiescer, tendo em vista a competência autônoma do CGU para avocar processos administrativos, verificar a sua regularidade e a sua legalidade; corrige a regularidade e manda voltar com as correções e recomendações pertinentes, para que o órgão lesado, a mais alta personalidade da administração efetue o julgamento. O regulamento refere que pode se aplicar pena mínima com uma multa inferior ao mínimo legal definido na lei; está escrito com todas as letras em um artigo do regulamento que a multa poderá ser inferior ao mínimo legal.

Se as multas são pesadas, mudem a lei, remetam a lei ao Legislativo, pois não é tarefa do executivo atenuar a lei; há outras evidências, por exemplo, o cálculo das multas que a lei fala de 1% a 20%, ou do faturamento bruto do ano anterior, excluídos os tributos; ou de 6 milhões a sessenta milhões; o regulamento cria uma fórmula que parte de 1% a 2,5%, levando em consideração tais e tais; inclusive com fórmulas, que parecem matemáticas ou, se o são, em ordem científica, de física, inferiores, muito mais próximas do mínimo que do máximo. A CGU diz não, que, se somasse todas as cir-

cunstâncias, de zero a dois e meio, de dois e meio a cinco, chega-se a vinte; só que sempre estes itens de cada cálculo podem ser sobrepostos, alguns são conflitantes e, necessariamente, vão excluí-los. Claro está que as multas são estipuladas em valor inferior ao que manda a lei.

Quanto ao *complience* que, nada mais é do que aqueles canais de comunicação de ilícitos, canais de denúncia, códigos de ética, estava previsto para o regulamento para que fosse avaliado. Qual é o grau que as empresas têm no sistema de prevenção para fazer a dosimetria da sanção? Quando se lê o que será avaliado como método de complience, invariavelmente, reporta-se aos Estados Unidos, à Inglaterra e à Alemanha, com suas grandes empresas transnacionais que possuem o sistema de complience; fora, é claro, da realidade brasileira, por não englobar as pequenas e microempresas. O Brasil não é feito somente de grandes empresas e nem de micro e pequenas empresas; a grande maioria dessas empresas é de média ou de pequeno porte; mas não porte mínimo, quase grande. São requisitos avaliáveis para aplicar a dosimetria pela verificação do complience – adaptado para um mundo diferente do Brasil – e isto causa perplexidade.

Surge, então, aquele desejo incontido de dizer que o regulamento foi feito casuisticamente, dezenove meses para regulamentar. Regulamenta, agora, num pacote anticorrupção que em Portugal, aliás, também tem pela notícia mencionada no início do texto. Aqui, como por lá, sempre que há uma comoção social, a imprensa repudia, a sociedade reclama, surgem leis de ocasião, aquelas voltadas para dar satisfação ao público e para a sociedade, como se fosse a oitava maravilha, que cura todos os males.

Antigamente, estes pacotes de leis de ocasião eram feitos pelo legislativo e pelo executivo e agora, o Ministério Público também, lançam um pacote anticorrupção com medidas velhas, leis que estão tramitando há muito tempo, outras medidas que transbordam os limites constitucionais legais, o pacote do executivo de leis que estão tramitando há muito tempo – quem participa da ENCC, Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e lavagem de dinheiro – sabe disso, e nada é novo.

Não se trata de uma visão pessimista, mas sim uma visão realista de quem – e não é por estar na magistratura – acompanhou a elaboração e a discussão dessas séries de leis, que hoje estão aí sendo editadas. Faz-se necessário um juízo crítico inicial para que a lei possa vingar; que essas leis possam responder aos anseios da sociedade, pois nada pior para o cidadão ou para um estado que a frustação com a sua legislação; é a frustação com os aplicadores da lei e a frustação com todos aqueles que compõem o modo negocial das contradições com o estado. No regulamento ou na aplicação da lei ou, no acordo de leniência, a CGU é um protagonista exagerado; e o Ministério público e o TCU são atores indesejados. Indesejados porque não previstos em lei. Esta é uma reflexão séria e verdadeira, embora muitos não concordem como, por exemplo, a AGU e o TCU que divergem deste ponto de vista.

"OS VAMPIROS"OU O COMBATE À CORRUPÇÃO NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES POLÍTICA E ADMINISTRATIVA[1]

Paulo Saragoça da Matta*

*Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem desde 2014, licenciado em Direito pela Universidade Católica Portuguesa, Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lecionava na Universidade de Lisboa aulas de Direito Fundamental, Introdução ao Direito, Direito da Famíliae Sucessões, Direito das Obrigações, Processo Civil declarativo e executivo, Direito Penal e Processo Penal.

"Quem gosta muito de dinheiro deve afastar-se da política"
(António Sampaio da Nóvoa[2])

1. Introdução

Como teremos oportunidade de ver adiante, tem sido muito tíbio o combate à corrupção em Portugal. Tudo isto não obstante a existência de uma gama bastante extensa de incriminações que visam fazer face a toda a fenomenologia que pode ser subsumida ao conceito criminológico e sociológico de corrupção, mas que são em rigor outros comportamentos que não corrupção hoc sensu.

Temos em Portugal, com efeito, além de vários tipos penais que visam circunscrever e punir a corrupção, tipos que preveem e punem a participação econômica em negócio, o peculato, o branqueamento de capitais, a prevaricação, alguns crimes fiscais e muitos crimes patrimoniais quando cometidos "por" ou "com intervenção" de titulares de funções públicas, sejam funcionários, titulares de altos cargos públicos ou titulares de cargos políticos.

Porém, os índices de percepção de corrupção (lato sensu) pela população são muito elevados, enquanto os dados estatísticos dos casos de corrupção efectivamente participados, investigados, acusados e condenados não só são baixos, com têm vindo a decrescer no período compreendido entre 2007 e 2013, como teremos oportunidade de analisar infra com detalhe. Tal situação, tendo uma justificação, não é, porém, de molde a gerar despreocupação.

Daí a afirmação segundo a qual "... se a comunidade representa a corrupção como sistémica e cultural e não concebe a magistratura judicial como capaz de tomar decisões equânimes e imparciais, a complexidade do quadro legal é apenas mais um factor de desconfiança a respeito da verosimilhança dos juízos proferidos pelos magistrados. (...) Este debate está, aliás, inquinado pela existência de um conjunto de intelectuais orgânicos (António Barreto, Henrique Medina Carreira e Vasco Pulido Valente, entre outros) que reforça a representação da corrupção como fenómeno cultural,

[1] *Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem desde 2014, licenciado em Direito pela Universidade Católica Portuguesa, Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lecionava na Universidade de Lisboa aulas de Direito Fundamental, Introdução ao Direito, Direito da Famíliae Sucessões, Direito das Obrigações, Processo Civil declarativo e executivo, Direito Penal e Processo Penal.

[2] http://www.noticiasaominuto.com/politica/370718/quem-gosta-de-dinheiro-deve-afastar-se-da-politica?utm_source=vision&utm_medium=email&utm_campaign=daily

imbrincada numa cultura política neopatrimonialista e clientelar com raízes indeterminadas e, portanto, impassível de repressão eficaz ou extirpação prática” [3].

Em todo o caso, cabe reiterar o que já noutra sede escrevemos: “a diferença entre dados estatísticos da Justiça e a percepção pública da corrupção decorre da própria natureza dos crimes em causa: trata-se de comportamentos tendencialmente secretos, desenvolvidos entre um corruptor e um corrompido, não resultando no interesse de nenhum dos envolvidos que o negócio ilícito seja tornado público. Assim que as cifras negras no que a este tipo de criminalidade respeita sejam esmagadoras, por comparação com todos os outros crimes. Um crime de homicídio deixa, em todos ou quase todos os casos, uma prova manifesta, consubstanciada num cadáver. Um acto de corrupção, de prevaricação, de participação económica em negócio, de fraude fiscal, deixa apenas uma evidência: rendimentos ou património que têm uma tendência genética para se revelarem no trem de vida que o agente do crime exibe”[4].

Por tudo isso resulta clara, evidente e imperiosa a necessidade de garantir transparência e verdade no que ao auferimento de rendimentos e à titularidade de bens diz respeito. Razão pela qual temos sido aguerridos defensores do reforço da arma penal do Estado neste âmbito, através da incriminação daquilo que tem sido chamado de enriquecimento ilícito[5].

Voltemos, todavia, ao tema que aqui nos ocupa, em especial o combate à corrupção no exercício das funções política e administrativa, e, também, a sua relação com os Direitos Fundamentais.

Referimos, de início, ser múltiplo o cenário legislativo que regula

[3] Marcelo Moriconi e Luís Bernardo, A representação da corrupção em Portugal: perigos teóricos e políticos, in Le Monde Diplomatique, 01/01/2013.

[4] Enriquecimento Ilícito – Quem cabritos vende e cabras não tem – reflexões esparsas sobre a emergência da incriminação, Conferência proferida no âmbito de uma iniciativa do Fórum Penal no Auditório do Banco de Portugal em Dezembro de 2013, no prelo.

[5] A este respeito recorde-se que o art.º 20º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção determinou o seguinte: “Com sujeição à sua Constituição e aos princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, cada Estado parte considerará a possibilidade de adoptar medidas legislativas e de outra índole que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do património de um funcionário público relativo aos seus rendimentos legítimos que não possam ser razoavelmente justificados por ele”. Também a Convenção Interamericana contra a Corrupção, assinada em Caracas a 29 de Março de 1996, e vigente no âmbito da Organização dos Estados Americanos, apresenta semelhante redacção.

esta matéria, i.e. sobre a matéria normalmente inserida na lei penal sob a nomenclatura de corrupção e de recebimento indevido de vantagem. Com efeito, sem prejuízo do diferente nomen iuris, o certo é que em ambos os casos estamos ainda e sempre a falar precisamente do mesmo tipo de condutas, a trabalhar na tutela dos mesmos bem jurídicos, e, o que mais é, a disciplinar as mesmas realidades sócio-criminais que determinaram a necessidade de incriminação em sede de política criminal.

Assim que passemos em seguida à enunciação do quadro legal de referência sobre a corrupção e o exercício das funções política e administrativa, sempre em traços largos dados os contrangimentos próprios de uma curta apresentação oral sobre a matéria, para depois fazer um breve bosquejo sobre os dados recolhidos da informação estatística disponível.

Antes, porém, permitam-nos encerrar esta introdução citando um dos autores que mais se tem destacado pelo trazer à ribalta mediática o problema da corrupção, quando afirma: “A classe política dirigente, complacente com os corruptos, não hesita em martirizar as vítimas da corrupção. Porque, apesar de a corrupção ser crescente, não se tomam quaisquer medidas no sentido de a combater de facto. Aliás, de forma hipócrita, o combate à corrupção tem sido uma promessa de todos os políticos. Um compromisso que nunca passou da teoria à prática. Têm sido muitas as experiências, mas as consequências, essas são nulas. A primeira experiência neste regime foi a famosa Alta Autoridade Contra a Corrupção. Os resultados da sua acção ainda hoje, passados trinta anos, não se conhecem. Daí para a frente, foi sempre a piorar. Nos últimos anos, então, surgiram dois organismos inúteis e risíveis, Um deles, felizmente já extinto, foi a Comissão Parlamentar Eventual de Combate à Corrupção, criada na última legislatura de Sócrates. Era constituída por deputados ligados à Banca, à promoção imobiliária e a outros negócios, sectores interessados em tudo menos no combate a essa praga (...). Mais tarde, e sobrevivendo até hoje, surgiu um outro organismo, o fracassado Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC). O CPC é constituído maioritariamente por directores da administração pública, dependentes dos partidos, sendo pois os melhores representantes dos mecanismos da corrupção, e não do seu combate. E que fez, entretanto, o CPC nos anos que leva de vida? Ordenou às entidades gestoras de dinheiros públicos que ‘elaborassem planos de gestão de riscos de corrupção e infracções conexas’. Sem qualquer enquadramento ou informação suplementar. Ao incum-

bir da elaboração dum modelo de prevenção aqueles que usufruem dos benefícios da corrupção, o CPC garantiu que os resultados seriam nulos, já que os maiores favorecidos pelo sistema não irão obviamente alterá-lo. É como pedir a um bando de ladrões para produzir um relatório de segurança sobre os edifícios que eles próprios costumam assaltar... Com este modelo, o legislador pôs as raposas a guardar as capoeiras. Depois, ao fim de cinco anos de existência, o CPC concluía, finalmente, que havia corrupção generalizada em Portugal quer na administração central, quer na local. Declarou ainda que os dinheiros públicos jorram a rodos e enchem os bolsos dos privados que dominam os circuitos políticos. Afinal de contas, anunciou o que qualquer português médio já sabia. Só isto! Uma decepção? Não. As expectativas já não eram muitas. No corpo da democracia portuguesa, o CPC nem chega a ser um órgão, mas um quisto. Desde logo, a sua designação um equívoco. A corrupção em Portugal precisa de ser combatida e não... prevenida. Querer prevenir a corrupção em Portugal é o equivalente a administrar a vacina da gripe a um doente com tuberculose. A luta contra a corrupção deveria ser uma tarefa fundamental das entidades públicas. Mas com o surgimento de organismos inúteis, que apenas fingem combater a corrupção, o que se tenta prevenir de facto... é o combate à corrupção"[6].

Dito isto, afirmemos que concordando-se, ou não, com este autor, temos por certo que o combate à corrupção passa, necessária e inexoravelmente:

a | Pelo combate ao financiamento ilícito dos Partidos Políticos;

b | Pela alteração profunda e imediata dos próprios alicerces do regime, querendo com isto referir-nos à criação de círculos eleitorais uninominais que permitam aos eleitores controlar de perto os seus eleitos, bem como à eliminação do domínio exclusivo do sistema político pelos Partidos;

c | Pela proibição expressa do exercício de quaisquer funções privadas simultaneamente ao exercício de funções enquanto titular de qualquer cargo político ou alto cargo público (período de proibição esse estendido a todo o período temporal em que o ex-titular de cargo político ou de alto cargo público tiver rendimentos emergentes do pretérito exercício de funções públicas ou políticas, como é o caso de todos quantos recebem subsídios de reintegração);

d | Pela incriminação, perseguição e castigo do enriquecimento ilícito (enquanto crime), bem como da alteração profunda e efectiva

[6] Paulo Morais, Da corrupção à crise – que fazer?, Gradiva, Lisboa, 2013, pp. 13 a 15.

aplicação da Lei relativa aos crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos, acabando com uma imunidade fáctica que protege os titulares dos cargos de poder.

Posta esta profissão de fé inicial, avancemos pois para uma sumária apresentação do quadro legal vigente sobre corrupção.

2. O quadro legal vigente sobre *corrupção*

Para podermos apresentar sumariamente o quadro legal vigente no que à corrupção no exercício das funções política e administrativa concerne, teremos de apresentar o quadro mental do legislador, ou, para ser mais rigorosos, o quadro criado pelo espírito legislativo, quando circunscreve os tipos penais aplicáveis a esta matéria. E, nestes termos, comecemos por ver quem possa ser agente destes crimes, para depois tentar topicamente analisar os comportamentos.

2.1. Os Agentes

Temos desde logo incriminações que constituem crimes comuns, isto é, aqueles que se aplicam a todo e qualquer cidadão – os que utilizam a palavra "Quem" para circunscrever os agentes do crime. Num primeiro grau de delimitação pessoal de agentes dos crimes em apreço, surge-nos o apelo ao conceito de "Funcionário", conceito este especificamente descrito no art.º 386º do Código Penal (CP)[7].

Partindo-se do art.º 386º CP constata-se que a grande maioria dos possíveis destinatários abstractos desta norma estão efectivamente nela compreendidos, incluindo os funcionários estrangeiros da União Europeia e de instituições públicas

[7] Art.º 386º Conceito de Funcionário – 1 - Para efeito da lei penal a expressão funcionário abrange: a) O funcionário civil; b) O agente administrativo; e c) Os árbitros, jurados e peritos; e d) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar. 2 - Ao funcionário são equiparados os gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessionárias de serviços públicos. 3 - São ainda equiparados ao funcionário, para efeitos do disposto nos artigos
372.º a 374.º: a) Os magistrados, funcionários, agentes e equiparados da União Europeia, independentemente da nacionalidade e residência; b) Os funcionários nacionais de outros Estados membros da União Europeia, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português; c) Todos os que exerçam funções idênticas às descritas no n.º 1 no âmbito de qualquer organização internacional de direito público de que Portugal seja membro, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português; d) Todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos. 4 - A equiparação a funcionário, para efeito da lei penal, de quem desempenhe funções políticas é regulada por lei especial.

internacionais de que Portugal faça parte.

Por seu turno, a expressa remissão da lei penal fundamental para lei especial no que diz respeito à equiparação a funcionário de quem desempenhe funções políticas encontra o seu destino na Lei n.º 34/87[8], de 16 de Julho, relativa aos *Crimes da Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos*.

Este diploma estabelece, por fim, duas categorias fundamentais de agentes para efeitos de incriminação e apuramento de responsabilidades criminais, a saber: *os titulares de altos cargos públicos e os titulares de cargos políticos*.

Nos termos do art.º 3º desta Lei são titulares de cargos políticos: o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, os Deputados à Assembleia da República, os membros do Governo, os Deputados ao Parlamento Europeu, os membros de órgão de Governo das Regiões Autónomas, os membros de órgão representativo das autarquias locais[9/10].

Por seu turno, estabelece o art.º 3º-A que são considerados titulares de altos cargos públicos: os gestores públicos; os titulares de órgãos de gestão de empresa participada pelo Estado quando designados por este; os membros dos órgãos executivos das empresas que integram o sector empresarial local; os membros dos órgãos directivos dos institutos públicos; os membros das entidades públicas independentes previstas na Constituição ou na lei; e os titulares dos cargos de direcção superior de 1º grau e equiparados[11].

Com semelhante *estrutura*, e aceitando a presunção de acerto do legislador com que o intérprete tem obrigatoriamente que conformar-se, pensaríamos ter sido intenção legislativa que a comissão de um acto de corrupção previsto e punido no CP ou na Lei n.º 34/87 seria sempre susceptível de enquadramento

[8] A Lei n.º 34/87 de 16 de Julho foi objecto de alteração pelos seguintes diplomas legais: Lei n.º 108/2001 de 28 de Novembro; Lei n.º 30/2008 de 10 de Julho; Lei n.º 41/2010 de 3 de Setembro; Lei n.º 4/2011 de 16 de Fevereiro; e Lei n.º 4/2013 de 14 de Janeiro.

[9] Não fazemos referência, obviamente, aos titulares dos órgãos do Governo de Macau e da respectiva Assembleia Legislativa, nem aos Governadores Civis, porquanto apesar de alterada esta Lei em 2001, 2008, 2010, 2011 e 2013, a atenção do legislador não chegou ao ponto de se aperceber de que essas categorias entretanto desapareceram da estrutura constitucional e administrativa nacional.

[10] Dúvidas poderão existir, apenas, quanto à inclusão de Secretários de Estado e de Sub-Secretários de Estado na categoria de membros do Governo.

[11] Estranhamente escaparam à circunscrição os membros dos órgãos executivos das empresas que integram o sector empresarial das Regiões Autónomas.

nos tipos respectivos, se não fosse na qualidade especial de *titular de cargos políticos* ou de *altos cargos públicos*, então pela qualidade especial mas mais lata de *funcionário*. E, em última análise, como agente não qualificado, i.e., apenas como *quem* dos tipos penais comuns.

Em rigor, teríamos círculos concêntricos de diferente amplitude… cada vez mais restritos: *quem – funcionário – titular de alto cargo público / titular de cargo político*.

Por fim, nos termos da Lei n.º 20/2008 de 21 de Abril, temos ainda a previsão da *Responsabilidade penal por crimes de corrupção no comércio internacional e na actividade privada*, que também define as seguintes categorias especiais de agentes: *funcionário estrangeiro, funcionário de organização internacional; titular de cargo político estrangeiro; trabalhador do sector privado; e entidade do sector privado*.

Este diploma legal, de utilidade extremamente duvidosa, resolveu definir estes agentes especiais, claramente esquecendo a pré-existente definição de *funcionário* do Código Penal, permitindo-se gerar dúvidas hermenêuticas em que aqui não entraremos, pois a Lei n.º 20/2008 de 21 de Abril não tem por objecto circunscrever e punir actos de *corrupção por agentes no exercício da função política e administrativa*.

Diga-se, porém, que a simples opção de política legislativa de incriminar actos de corrupção na actividade privada (exclusivamente interna à actividade privada), é extremamente duvidosa no plano jurídico-constitucional. É que o bem jurídico que óbvia e patentemente sustenta os crimes de corrupção activa e passiva quando envolvendo poderes e capitais públicos, totalmente se dissipa se estivermos em face de actos que exclusivamente se desenvolvem no seio de *"pessoa colectiva de direito privado, (…) sociedade civil e (…) associação de facto"*… mas também nesta polémica não entraremos, pela mesma razão atrás enunciada.

Mostra, porém, que na ânsia de tudo incriminar, acaba por se gerar uma avaloratividade relativa, um ane*antissement* do que é importante, contribuindo para que, a final, tudo fique por castigar: quer o irrelevante, quer o importante.

Vistos os agentes, vejamos agora os comportamentos circunscritos como corrupção.

2.2. Os comportamentos

O Código Penal estrutura nos art.ºs 372º a 374º-B três tipos penais:

- recebimento indevido de vantagem (art.º 372º)[12],
- corrupção passiva (art.º 373º)[13] e
- corrupção activa (art.º 374º)[14],

Surgindo depois no art.º 374º-A uma norma de agravação e no art.º 374º-B uma norma sobre dispensa ou atenuação de pena.

Antes de mais diga-se que mesmo a nomenclatura tradicional utilizada deveria ser urgentemente abandonada: ninguém, mesmo alguns juristas, consegue perceber a lógica subjacente à distinção entre corrupção "activa" e "passiva" – é que é passiva a corrupção quando os actos do "funcionário" são de aceitação ou solicitação (não se percebe o que é que tem de passivo o acto de aceitar ou solicitar...), e é activa a corrupção quando os actos de dar ou prometer são de um "quem" não funcionário (e, como é óbvio, dar ou prometer é tão activo como solicitar)...

Por outro lado, a *corrupção passiva* vem circunscrita em termos tipicamente iguais ao *recebimento indevido de vantagem*, ao ponto de a *corrupção passiva* pode ser para a prática de acto lícito ou ilícito, e o *recebimento indevido de vantagem* também, dado não fazer qualquer distinção quanto ao tipo de acto para o qual o *recebimento de vantagem*, que é aqui tão

[12] Art.º 372º Recebimento indevido de vantagem – 1 – O funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 – Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias. 3 – Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes.

[13] Artigo 373.º Corrupção passiva 1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2 - Se o acto ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e a vantagem não lhe for devida, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

[14] Artigo 374.º Corrupção activa 1 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º 1 do artigo 373.º, é punido com pena de prisão de um a cinco anos. 2 - Se o fim for o indicado no n.º 2 do artigo 373.º, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias. 3 - É correspondentemente aplicável o disposto na alínea b) do artigo 364.º

indevido como na corrupção passiva, é *solicitado* ou *aceite*.

De sublinhar, ainda, que no recebimento indevido de vantagem também temos uma incriminação para o agente "funcionário" que solicita ou aceita, e outra para o "quem" que der ou prometer, sem que haja necessidade de distinguir que aquela é passiva e esta activa.

Em suma, a técnica legislativa do Código Penal a este respeito é tudo menos clara, senão mesmo profundamente confusa, porquanto o que deveria fazer era disciplinar dois tipos únicos e claros com extrema simplicidade e precisão:

- O acto de solicitação ou aceitação de vantagem por funcionário para a prática de acto ilícito; e
- O acto de solicitação ou aceitação de vantagem por funcionário para a prática de acto lícito.

Estabelecendo-se, seguidamente, em cada um dos tipos a punição equivalente para o agente, funcionário ou não, que der ou prometer a vantagem. Estes tipos teriam ainda um número em que se previsse a agravação estatuída no art.º 374º-A (que nem sequer tinha por que ser igual em cada um dos tipos) e, até eventualmente, as regras de dispensa ou atenuação especial da pena, se é que faz algum sentido qualquer dessas normas de dispensa e atenuação especial (o que cremos não ser o caso, como abaixo melhor se verá).

Sem querer entrar aqui numa exaustiva e enfadonha análise dos tipos, permita-se-nos apenas uma muito breve alusão ao tipo do Recebimento indevido de vantagem, o art.º 372º CP, com o qual se inicia a Secção I (Da corrupção) do Capítulo IV (Dos crimes cometidos no exercício de funções públicas), do Título II (Dos crimes contra o Estado) do Livro II (Crimes em especial) do Código Penal.

Uma análise rigorosa deste tipo permite tirar várias conclusões:

Em primeiro lugar que o tipo do n.º 1 disciplina exactamente a mesma situação material que constitui a corrupção passiva dos n.ºs 1 e 2 do art.º 373º, sendo que no n.º 1 do art.º 373º tem um elemento a mais: ser a solicitação ou aceitação e mesmo a aceitação da promessa, destinada à prática de qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, enquanto que no n.º 2 já se prevê a incriminação para os casos em que o comportamento do funcionário não seja contrário aos deveres do cargo. O art.º 372º n.º 1, nada dizendo, e ponderando o princípio ubi lex non distiguit, valerá para ambos os casos.

Em segundo lugar, que o 372º, apesar de se chamar recebimento indevido de vantagem, pode ser consumado sem que nada seja recebido...

basta solicitar... já o 373º se chama de corrupção, mas também nada tem efectivamente que ser rebido, pois basta solicitar... ou ser destinatário de promessa, para se ter por consumado.

Em terceiro lugar, se para o recebimento indevido de vantagem tem relevância típica, para afastar a incriminação, a ponderação das condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e aos costumes – seja lá isso o que for, num País latino, e seja também isso o que for de um ponto de vista de política criminal e de precisão típica –, por que razão não tem igual relevância nos casos de corrupção passiva e activa? Dada a similitude dos tipos, não se alcança a razão da diferença criada.

Em quarto lugar, qual a lógica de a dispensa de pena ou a sua atenuação especial estar em geral prevista para estes tipos no art.º 374º-B (com motivos aliás mais do que duvidosos, porquanto nunca deveriam ser aqui especialmente autonomizados: seja porque os que relevam já estão nas normas da parte geral do CP – art.ºs 72º a 74º –, e as que lá não estão, não deveriam sequer aqui estar previstas), mas o legislador no art.º 374º n.º 3, sobre corrupção activa, ter tido necessidade de fazer apelo ao disposto no art.º

364º al. b) CP, i.e., uma atenuação especial da pena ou a sua dispensa para os casos em que o facto tiver sido praticado para evitar que o agente, o cônjuge, um adoptante ou adoptado, os parentes ou afins até ao 2.º grau, ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com aquele viva em condições análogas às dos cônjuges, se expusessem ao perigo de virem a ser sujeitos a pena ou a medida de segurança. Se vale para a corrupção activa não deveria valer para o recebimento indevido de vantagem? (quando praticado pelo agente não "funcionário").

Em quinto lugar, sendo a tentativa punível (em face das medidas de pena máxima abstractamente aplicáveis)[15], fará algum sentido incriminar os actos ditos de corrupção activa sempre que o funcionário não tenha dado qualquer acolhimento à oferta ou promessa? A antecipação da tutela penal fará sentido de um ponto de vista de tutela do bem jurídico subjacente? E político- criminalmente terá que escopo?

E assim por diante, numa listagem que poderia ter dúzias de censuras, se se tentasse aferir:

- o que sejam vantagens patrimoniais ou não patrimoniais, e em que casos absurdos as mesmas poderiam ser devidas a um funcionário[16];
- o que são condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes e qual a relevância típica admissível das mesmas[17];

- que papel deve jogar nos casos de corrupção o simples conhecimento de uma oferta dada a terceiro pelo corruptor activo, i.e. o sujeito não qualificado, com conhecimento do corruptor passivo, i.e., do funcionário;
- se esse terceiro receptor da vantagem dada pelo corruptor activo não teria necessariamente de ser partícipe no crime, apesar de a jurisprudência vir entendendo que terceiros não podem ser atraídos para o núcleo dos agentes do crime por força do disposto no art.º 28º CP... e sendo-o, só poderiam ser acessórios do agente não funcionário, quando é por definição apenas com o funcionário que podem manter qualquer nexo lógico de acessoriedade.

Em suma, os tipos são objectivamente confusos no que respeita à circunscrição típica, à filosofia penal de base, à lógica de política criminal e, até, à admissibilidade constitucional de algumas das suas previsões e/ou exclusões de tipicidade, num sistema em que os usos e costumes não sendo fonte de direito positivo, também o não poderão ser negativamente se não integrarem causas gerais de justificação ou de exculpação, nos moldes consentidos pela Parte Geral do Código Penal (emergentes de considerações histórica e dogmaticamente muito bem ponderadas em sede de teoria da infracção).

A confusão, porém, não termina no seio do CP, crescendo exponencialmente quando voltamos a nossa atenção para os comportamentos previstos e punidos na Lei n.º 34/87 de 16 de Julho.

É que também este diploma vem estabelecer neste âmbito três tipos penais:

- recebimento indevido de vantagem (art.º 16º)[18];
- corrupção passiva (art.º 17º)[19] e
- corrupção activa (art.º 18º)[20/21].

Com efeito, os art.ºs 16º, 17º e 18º da Lei n.º 34/87 limitam-se a ser, na respectiva circunscrição típica, uma repetição dos art.º 372º, 373º e 374º CP, com a única e singular diferença substancial de, onde nestes se lê "funcionário", naqueles se ler "titular de cargo político ou de alto cargo público", existirem vírgulas espalhadas diferentemente, e de nuns se usar a expressão "conhecimento daquele" e noutros se usar a expressão "conhecimento destes", quando o conhecimento nuns e noutros é sempre por definição relativo ao funcionário/ titular de cargo político ou alto cargo público.

Uma outra diferença resulta de no art.º 374º n.º 3 CP se apelar, como visto, à situação de dispensa ou especial atenuação de pena prevista no art.º 364º al. b) CP, o mesmo não sucedendo no art.º 18º da Lei n.º

[15] E apesar da dificuldade de conseguir imaginar actos de execução de oferta ou promessa prévios à consumação das mesmas.

[16] E muito menos a um alto titular de cargo público ou a um titular de cargo político.

[17] Principalmente num País em que as ofertas e agrados sempre foram um hábito enraizado para obter ou agradecer não só favores, mas também o simples desempenho normal de funções.

[18] Artigo 16.º Recebimento indevido de vantagem – 1 - O titular de cargo político ou de alto cargo público que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. 2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a titular de cargo político ou alto cargo público, ou a terceiro por indicação ou conhecimento deste, vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias. 3 - Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes.

[19] Artigo 17.º Corrupção passiva – 1 - O titular de cargo político ou de alto cargo público que no exercício das suas funções ou por causa delas, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos. 2 - Se o ato ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e vantagem não lhe for devida, o titular de cargo político ou de alto cargo público é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.

[20] Artigo 18.º Corrupção activa – 1 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a titular de cargo político ou alto cargo público, ou a terceiro por indicação ou com o conhecimento destes, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º 1 do artigo 17.º, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos. 2 - Se o fim for o indicado no n.º 2 do artigo 17.º, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos. 3 - O titular de cargo político ou de alto cargo público que no exercício das suas funções ou por causa delas, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário ou a outro titular de cargo político ou de alto cargo público, ou a terceiro com o conhecimento deste, vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida, com os fins indicados no artigo 17.º, é punido com as penas previstas no mesmo artigo.

[21] Em seguida, prevê também autonomamente uma norma de agravação (art.º 19º) e uma norma de dispensa ou atenuação de pena (art.º 19º-A), com os seguintes teores: Artigo 19.º Agravação – 1 - Se a vantagem referida nos artigos 16.º a 18.º for de valor elevado, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada em um quarto nos seus limites mínimo e máximo. 2 - Se a vantagem referida nos artigos 16.º a 18.º for de valor consideravelmente elevado, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada em um terço nos seus limites mínimo e máximo. 3 - Para efeitos do disposto nos números anteriores, é correspondentemente aplicável o disposto nas alíneas a) e b) do artigo 202.º do Código Penal. 4 - Sem prejuízo do disposto no artigo 11.º do Código Penal, quando o agente actue nos termos do artigo 12.º deste Código é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada em um terço nos seus limites mínimo e máximo. Artigo 19.º-A Dispensa ou atenuação de pena – 1 - O agente é dispensado de pena sempre que: a) Tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do acto e sempre antes da instauração de procedimento criminal; b) Antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor; ou c) Antes da prática do facto, retirar a promessa ou recusar o oferecimento da vantagem ou solicitar a sua restituição. 2 - A pena é especialmente atenuada se o agente: a) Até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis; ou b) Tiver praticado o acto a solicitação do titular de cargo político ou de alto cargo público, directamente ou por interposta pessoa, com excepção do caso previsto no n.º 3 do artigo 18.º.

34/87, que igualmente não encontra semelhante causa de dispensa/atenuação no art.º 19º-A do mesmo Diploma.

A utilidade, pois, dos art.º 16º a 18º da Lei n.º 34/87 é nula, porquanto poderia ter-se disciplinado muito simplesmente que o titular do cargo político ou de alto cargo público que cometer os factos previstos nos art.ºs 372º a 374º CP "é punido nos termos seguintes", estabelecendo-se depois as molduras penais aos casos cabíveis.

Aliás, o mesmo valeria para outros tipos penais previstos neste diploma legal, como a Traição à Pátria, a Denegação de Justiça, a Prevaricação, o Peculato, o Peculato de Uso, a Participação Económica em Negócio, o Abuso de poderes, etc.

Já vistos os agentes e os comportamentos, tal como circunscritos pelo legislador, cabe fazer um breve bosquejo pela história das incriminações, bem como pela evolução das molduras das penas.

2.3. A história das incriminações e as molduras penais respectivas

Esta matéria, na parte em que vem disciplinada no Código Penal, foi objecto de várias revisões. Tivemos, assim, a versão originária, de 1982, alterações introduzidas em 1995[22], em 2001[23] e em 2010[24].

Tais alterações não foram de sentido susceptível de se considerar homogéneo, ou demonstrativo de uma filosofia constante, excepto a tendência que se detecta no sentido de uma menor agressividade penal contra o fenómeno que visam combater, traduzida numa redução das molduras penais abstractas e na progressiva admissão da pena de multa em alternativa à da prisão.

Assim, se algo se pode dizer em termos de filosofia geral no que à previsão e punição do fenômeno da corrupção no Código Penal, é

[22] Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março.

[23] Lei n.º 108/2001, de 29 de Novembro.

[24] Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro.

apenas que o grau de ilicitude abstracta associada pelo legislador a estes tipos foi reduzindo, como se fosse menos grave – hoje do que antigamente – o impacto de tais comportamentos na colectividade, e, consequentemente, a diminuição da necessidade de acentuar a reprovabilidade dos mesmos através da função de prevenção geral dada pela moldura penal abstracta.

Com efeito, além de se irem verificando mudanças típicas profundas, com forte impacto na circunscrição objectiva do tipo, de que daremos um ou outro exemplo adiante (e também no sentido da redução do âmbito da matéria da proibição), constata-se que passou a admitir-se penas de multa onde antes apenas se admitia pena de prisão, bem como que as molduras penais tiveram uma variação no sentido da respectiva diminuição.

Assim, a título exemplificativo, constatamos o surgimento do art.º 372º, sob a epígrafe Recebimento indevido de vantagem, anteriormente Corrupção passiva para acto ilícito, que hoje se encontra prevista no art.º 373º n.º 1.

Este tipo, como atrás se disse de finalidade relativamente incompreensível, exige no seu n.º 1 que o facto seja praticado pelo funcionário "no exercício das suas funções ou por causa delas", o que se afigura óbvio, dado tratar-se de um crime específico de funcionário. Por alguma razão tal referência inexiste nos art.ºs 373º e 374º, i.e., seja na corrupção passiva, seja na corrupção activa.

Por outro lado, o art.º 372º não faz qualquer referência a "ou a sua promessa" (da vantagem), o que se traduz numa redução do âmbito da incriminação, porquanto a promessa de vantagem como contrapartida de acto ou omissão é admitida como modalidade de acção nos casos da corrupção passiva e da corrupção activa.

Por fim, o n.º 3 a que atrás já se aludiu, ao admitir a exclusão da tipicidade das "condutas socialmente adequadas e conformes aos usos sociais", acaba por gerar uma incerteza típica grave, posto que sempre terá de ser este número objecto de interpretação lata, em obediência ao princípio favor reus. A sua previsão é tanto mais grave quanto afectará necessariamente o elemento subjectivo do tipo, sempre que se consiga levantar uma dúvida suficiente sobre a convicção do funcionário acerca da conformidade aos usos ou adequabilidade social da oferta solicitada ou aceite (!).

O tipo admite, quer para o funcionário quer para o agente comum, punição com pena de prisão (até 5 anos e até 3 anos, conforme o agente seja funcionário ou agente sem tal qualidade) ou com pena de multa (até 600 dias e até 360 dias, conforme o agente seja funcionário ou agente sem tal qualidade), tal como acontece com a corrupção activa para acto lícito (art.º 374º n.º 2 – punível com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias), mas não com a corrupção passiva, nem com a corrupção activa para acto ilícito, que são sempre puníveis apenas com pena de prisão (aquela com prisão até 8 anos ou até

5 anos, conforme seja para a prática de acto ilícito ou para a prática de acto lícito; esta com pena de prisão até 5 anos).

Em face de todo o exposto, e considerando a sobreposição patente que existe do art.º 372º com os art.º 373º e 374º, afigura-se-nos evidente que num plano prático estaremos permanentemente numa situação de concurso de normas, porquanto a maioria das actuações subsumíveis a qualquer uma das modalidades destes últimos tipos preencherão também uma das modalidades daquele primeiro tipo. Precisamente o que depõe no sentido da incompreensibilidade dogmática e prática da introdução deste tipo penal no art.º 372º.

Curiosa é a comparação que pode fazer-se entre a moldura das penas previstas no Código Penal para os funcionários e a moldura das penas previstas na Lei n.º 34/87 para os titulares de alto cargo público e cargo político. É que, sendo iguais no seu limite máximo, apenas são superiores no seu limite mínimo

Ora, considerando que as molduras penais têm um significado dogmático preciso em termos de direito penal (traduzem o conteúdo abstracto da ilicitude do facto e, assim, da mensagem dada à comunidade acerca da ofensividade do comportamento aos valores da mesma colectividade), tendo também um conteúdo próprio em sede de política criminal (vertente da prevenção geral das incriminações e do sentido para onde o legislador deseja que os cidadãos sejam conduzidos), não pode senão concluir-se que para o legislador o conteúdo abstracto da ilicitude de um crime de corrupção passiva de um simples funcionário e de um titular de cargo político ou de um alto cargo público têm um limite máximo igual... o que é, necessariamente, errado.

Não é, com efeito, nem pode ser, igual o conteúdo máximo da ilicitude de um acto de solicitação ou aceitação de vantagem indevida para a prática de um acto ilícito por parte de um funcionário comum e de um Primeiro-Ministro ou de um Deputado, por exemplo. Porém, olhando para o limite máximo da moldura penal da corrupção passiva para acto ilícito, constata-se que para o legislador o desvalor máximo é exactamente igual: pena de prisão até 8 anos – para o funcionário de

1 a 8 anos, para o titular de alto cargo público ou de cargo político de 2 a 8 anos.

Iguais comentários nos merecem todas as demais molduras penais em presença (corrupção passiva para acto lícito, corrupção activa para acto lícito ou ilícito), porque todas padecem do mesmo erro básico de entendimento do que seja o desvalor máximo relativo das condutas em apreço. Exactamente os mesmos raciocínios de censura se devem lançar às agravações previstas nos art.ºs 374º-A CP e no art.º 19º da Lei n.º 34/87... não se compreende que sendo elevado ou consideravelmente elevado o valor da vantagem solicitada, aceite, oferecida ou prometida, as agravações sejam exactamente as mesmas para um simples funcionário ou para um titular de cargo político ou de alto cargo público.

Por fim, uma referência para a, a nosso ver totalmente inadequada, admissão de uma dispensa de pena ou mesmo apenas de uma atenuação especial da pena "especialíssima" para este tipo de crime, para além das que já estão em geral previstas no Código Penal para todos os crimes (art.ºs 72º a 74º CP)[25].

Com efeito, quer o art.º 374º-B CP quer o art.º 19º-A da Lei n.º 34/87[26] admitem tal dispensa de pena ou atenuação especial da mesma, naquilo que pretende ser um elenco de factores que:

- permitirão mais facilmente evitar o exaurimento do crime, através de comportamentos de arrependimento activo;
- ou retirar parte do conteúdo útil do alargamento da incriminação através da punibilidade da tentativa;
- ou ainda contribuir para a descoberta de outros responsáveis do crime (a tradicionalmente tão querida instituição, dos Estados policiais, da delação);
- ou facilitar a prova do próprio crime (a também muito bem vista instituição, dos mesmos Estados policiais, da confissão a todo o custo, e que por séculos justificou a tortura e os outros meios agressivos de obtenção de depoimentos ou declarações).

Tudo razões que se nos afiguram justificar não só a errada percepção das próprias entidades formais de controlo quanto à gravidade das situações em apreço, como também a dificuldade da respectiva aplicação (dada a constante alteração não se consegue formar uma base jurisprudencial sólida sobre os tipos em apreço), e, consequentemente, algum deficit de resultados, manifestado como veremos na própria evolução estatisticamente demonstrável. Deficit este que, aliás, nos ocupará em seguida.

3. Os dados da estatística

Para efeitos da análise subsequente

[25] Artigo 72.º Atenuação especial da pena – 1 - O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena. 2 - Para efeito do disposto no número anterior, são consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes: a) Ter o agente actuado sob influência de ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência; b) Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida; c) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados; d) Ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta. 3 - Só pode ser tomada em conta uma única vez a circunstância que, por si mesma ou conjuntamente com outras circunstâncias, der lugar simultaneamente a uma atenuação especialmente prevista na lei e à prevista neste artigo. Artigo 73.º Termos da atenuação especial – 1 - Sempre que houver lugar à atenuação especial da pena, observa-se o seguinte relativamente aos limites da pena aplicável: a) O limite máximo da pena de prisão é reduzido de um terço; b) O limite mínimo da pena de prisão é reduzido a um quinto se for igual ou superior a 3 anos e ao mínimo legal se for inferior; c) O limite máximo da pena de multa é reduzido de um terço e o limite mínimo reduzido ao mínimo legal; d) Se o limite máximo da pena de prisão não for superior a 3 anos pode a mesma ser substituída por multa, dentro dos limites gerais. 2 - A pena especialmente atenuada que tiver sido em concreto fixada é passível de substituição, incluída a suspensão, nos termos gerais. Artigo 74.º Dispensa de pena – 1 - Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena se: a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas; b) O dano tiver sido reparado; e c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção. 2 - Se o juiz tiver razões para crer que a reparação do dano está em vias de se verificar, pode adiar a sentença para reapreciação do caso dentro de 1 ano, em dia que logo marcará. 3 - Quando uma outra norma admitir, com carácter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se no caso se verificarem os requisitos contidos nas alíneas do n.º 1.

[26] Digna de nota, em especial, a previsão do art.º 19º-A n.º 2 al. b), quando refere: "A pena é especialmente atenuada se o agente: ... tiver praticado o acto a solicitação do titular de cargo político ou de alto cargo público, directamente ou por interposta pessoa, com excepção do caso previsto no n.º 3 do art.º 18º", sendo que esse tipo a que alude é o da corrupção activa praticada por titular de cargo político ou de alto cargo público junto de outro titular de cargo político ou de alto cargo público, a quem aquele der ou prometer a dita vantagem patrimonial ou não patrimonial indevida. Como é óbvio, tal especial atenuação da pena só poderia valer para as situações de corrupção activa previstos no art.º 18º n.º 1 e 2, i.e., para os agentes não dotados das especiais qualidades de titular de alto cargo público ou de cargo político. Mas se o art.º 18º n.ºs 1 e 2 prevê quem dê ou prometa dar, e se tal aconteceu a solicitação do titular do cargo público ou político, então estará também preenchido o tipo do art.º 17º n.ºs 1 ou 2... pelo que a atenuação especial da pena prevista no art.º 19º-A n.º 2 al. b) acaba por ter conteúdo nulo por relação com a prevista na al. a) do mesmo número e artigo (identificação e captura de outros responsáveis). Todos estes comentários, aliás, valem também, mutatis mutandis, para o art.º 374º-B n.º 2 al. b) CP.

faremos uso dos dados relativos a estatísticas sobre corrupção 2007-2013 publicadas no sítio oficial da Direcção-Geral da Política da Justiça, mais precisamente o Boletim Estatístico Temático n.º 32, relativo a Dezembro de 2014, por ser o mais actual disponível[27].

Nos seus precisos termos, o Boletim "pretende retratar, de forma integrada e transversal, os dados estatísticos referentes ao fenómeno da corrupção, entre os anos de 2007 e 2013, disponíveis no sistema de informação das estatísticas da justiça (SIEJ)".

Consultando tal Boletim percebe-se que a análise é feita em dois patamares distintos: (i) a perspectiva das polícias; e (ii) a perspectiva dos Tribunais.

Olhando para os dados emergentes das entidades policiais, e relativamente aos crimes de corrupção registados pelas autoridades policiais, afirma o relatório ter-se verificado "uma tendência de decréscimo entre 2007 e 2013 (figura 1). De facto, entre 2007 e 2013, o número de crimes registados diminuiu cerca de 52,5%, passando de 122 crimes registados em 2007 para 58 crimes registados em 2013 (correspondendo a uma taxa de redução anualizada de 11,7%)".

Olhando para o movimento dos processos de corrupção na Polícia Judiciária (figura 2), observa-se por seu turno "uma tendência assinalável para uma diminuição no número de processos de corrupção entrados, findos e pendentes nesta entidade. A comparação dos valores relativos ao ano de 2007 com os valores relativos ao ano de 2013 revela uma diminuição de cerca de 36,5% no número de processos entrados (correspondendo a uma taxa de redução anualizada de 7,3%). Esta redução é acompanhada por uma diminuição idêntica do número de processos findos, cuja variação em igual período foi de cerca de 36,6% (correspondendo a uma taxa de redução anualizada de 7,3%). No final de 2013, o número de processos de corrupção pendentes apresenta uma diminuição de cerca de 42,3% face ao que se registava no final de 2007 (correspondendo a uma taxa de redução anualizada de 8,7%)".

Pode, pois, concluir-se que no período de 7 anos objecto de reporte, as Polícias têm registado, processado e concluído cada vez menos processos de corrupção, caindo anualmente o volume de processos entre 7,3% e 8,7% na Polícia Judiciária e em 11,7% nas polícias em geral.

A perspectiva dos Tribunais é no Boletim analisada, antes de mais, olhando para os processos de corrupção findos nos Tribunais judiciais de 1ª instância. Também quanto a estes se constata (figura 3) "uma tendência de decréscimo. Com efeito, este valor sofreu uma diminuição de cerca de 37,3%, passando de 59 processos de corrupção findos em 2007 para 37 processos de corrupção findos em 2013 (...) (correspondendo a uma taxa de redução anualizada de 7.5%)".

Uma análise mais esmiuçada, que leva em conta os tipos de crime de corrupção na fase de julgamentos findos (figura 4), permite "verificar a prevalência dos crimes de corrupção activa contra o Estado, cometidos no exercício de funções públicas, que apresentam a frequência mais elevada em qualquer um dos anos considerados na análise".

Esta figura 4, lida naquilo que afirma, levar-nos-ia a concluir que apresenta comparativamente os crimes de corrupção passiva para acto ilícito (na 1ª coluna), os crimes de corrupção activa (na 2ª coluna) e os "outros processos de corrupção" (na 3ª coluna).

Assim não é, contudo, porquanto o Boletim esclarece em nota de roda pé que estes "outros processos de corrupção" abrangem amalgamados, por apresentarem "valores nulos ou protegidos pelo segredo estatístico", os seguintes crimes:

- Código Penal – corrupção passiva para acto lícito, corrupção passiva, corrupção passiva na forma tentada, corrupção activa na forma tentada e corrupção activa agravada;
- Legislação avulsa:
  - › Infidelidade serviço militar: corrupção passiva para acto ilícito e corrupção activa;
  - › Crimes por comportamentos antidesportivos: corrupção passiva, corrupção activa e corrupção activa agravada;
  - › Titulares de cargos políticos: corrupção passiva para acto ilícito.

Em suma, se nos "outros processos de corrupção", da 3ª coluna, estão integrados todos os crimes atrás enunciados, não se entende então quais os crimes de corrupção passiva para acto ilícito e de corrupção activa é que foram integrados nas 1ª e 2ª colunas.

Termos em que a conclusão tirada em texto, no Boletim, acerca da "prevalência dos crimes de corrupção activa contra o Estado, cometidos no exercício de funções públicas", se nos afigura carecer de melhor explicitação... mas curiosamente é a corrupção activa que leva a dianteira, não a passiva... i.e., a de terceiros contra funcionários ou titulares de cargos públicos ou políticos!

Analisando os dados disponíveis na perspectiva dos "arguidos e condenados por crimes de corrupção em processos findos nos Tribunais Judiciais de 1ª instância" (figura 5),

[27] http://www.siej.dgpj.mj.pt.

conclui-se que "o número de arguidos (...), no período de 2007 a 2010, cresceu em todos os anos, invertendo-se esta tendência a partir de 2011. Em 2013 este número volta a crescer, pelo que o valor do número de arguidos em processos de corrupção findos, entre 2007 e 2013, apresentou um crescimento de cerca de 10,8%, passando de 102 arguidos em 2007 para 113 arguidos em 2013 (...) (correspondendo a uma taxa de crescimento anualizada de 1,7%). De forma similar ao verificado com o número de arguidos, o número de condenados em processos de corrupção na fase de julgamento findos, entre os anos de 2007 e 2009, também cresceu em todos os anos, tendo a partir de 2010 apresentado uma tendência de diminuição. Em 2013 este número volta a crescer, pelo que o número de condenados em processos de corrupção findos, entre 2007 e 2013, apresentou um crescimento de cerca de 5,8%, passando de 52 condenados em 2007 para 55 condenados em 2013 (...) (correspondendo a uma taxa de crescimento anualizada de 0,9%)" (sublinhados nossos).

"Por sua vez, quanto à duração média dos processos de corrupção findos nos tribunais judiciais de 1ª instância, é possível verificar uma tendência global de decréscimo (...) (figura 6), De facto, entre 2007 e 2013, esta duração média passou de 14 meses em 2007 para 10 meses em 2013 (menos quatro meses, correspondendo a uma redução de cerca de 28,6% no período considerado, equivalente a uma redução anualizada de 5,5%)"[28].

Resta, por fim, analisar os processos de corrupção findos nos tribunais judiciais superiores. Ora, "ao nível do número de recursos de processos de corrupção findos nos tribunais judiciais superiores (figura 7), entre 2007 e 2013, é possível reconhecer uma tendência para a sua diminuição. Esta tendência de decréscimo é visível na oscilação do número de processos findos (...) de cerca de 21,9%, passando de 32 recursos de processos de corrupção findos em 2007 para 25 processos de corrupção findos em 2013, (...) (correspondendo a uma taxa de redução anualizada de 4.0%)"[29].

Em suma, o que pode concluir-se, com linearidade, é que nos últimos 7 anos relativamente aos quais já existem registos estatísticos:

- os crimes de corrupção registados pelas autoridades policiais em geral têm tido uma redução anualizada de 11,7%,
- os crimes de corrupção processados pela polícia judiciária têm tido uma redução anualizada de 7,3% e de 8,7% (além os entrados e pendentes, aqui os findos);
- os processos de corrupção findos nos tribunais judiciais de primeira instância têm tido uma redução anualizada de 7,5%;
- os arguidos e condenados por crimes de corrupção em processos findos nos tribunais judiciais de primeira instância têm tido um crescimento anualizado de 0,9%;
- a duração média da fase de julgamento dos processos findos nos tribunais judiciais de primeira instância (sublinhe-se: exclusivamente na fase de julgamento), tem tido uma redução anualizada de 5,5%;
- os processos de corrupção findos nos tribunais judiciais superiores, têm tido uma redução anualizada de 4%.

Semelhante cenário estatístico não pode senão ser causa de espanto, quando somos confrontados com os índices sempre crescentes de percepção de corrupção que vão sendo divulgados pelas instâncias internacionais que procedem ao respectivo estudo. Para já não referir as tomadas de posição públicas de muitos pensadores, analistas, académicos, etc. sobre a questão.

4. Os Direitos Fundamentais e a corrupção nas funções política e administrativa

A experiência judiciária acumulada leva-nos a crer que nos processos criminais cujo objecto é factualidade susceptível de ser subsumida aos tipos penais a que aqui votamos a nossa atenção, não se colocam questões de violações de direitos fundamentais dos Arguidos que se não coloquem em todos os demais processos da área criminológica da criminalidade económico- financeira. Área esta a que votamos a quase totalidade da nossa actividade profissional enquanto Advogados, seja na qualidade de Defensores de Arguidos, seja na qualidade de Advogados dos Assistentes.

Com efeito, os problemas de tutela dos direitos fundamentais dos Arguidos

[28] A este respeito esclarece-nos o Boletim, na respectiva Nota de enquadramento n.º 2, que "a duração média de um processo findo em tribunal corresponde ao período de tempo entre a data de início e data da decisão final (acórdão, sentença ou despacho) na instância respectiva, independentemente do trânsito em julgado. Nos casos de redistribuição, é considerado o tempo decorrido entre a data de início do processo no tribunal onde entrou e a data de termo do processo nesse ou noutro tribunal para onde foi redistribuído. O conceito de duração média usado no presente destaque estatístico corresponde à também designada duração do processo inicial, somando a duração nos diversos tribunais por onde tenha passado. Na área da Justiça Penal é considerada apenas a duração da fase de julgamento".

[29] A esta redução não será alheia a reforma do regime de recursos, que tornou muito mais rara a possibilidade de recorrer para o Supremo Tribunal de Justiça, aliás em conformidade com aquilo que vinha sendo o desejo das magistraturas no sentido de limitar aquilo que seria, a seu ver, um dos grandes responsáveis pela dificuldade de fazer justiça: um alegado excesso de garantismo do sistema processual penal português! Alegação essa com que, obviamente, nunca concordámos nem poderemos nunca concordar. Mas quanto a isso faltam dados estatísticos claros que demonstrem o desacerto de tal afirmação.

e dos outros sujeitos processuais em geral são, em Portugal, transversais a todo este tipo de criminalidade de ponta, essencialmente devido ao facto de nos vermos confrontados com uma jurisprudência extremamente anquilosada e retrógrada no que seja a tutela dos direitos fundamentais.

A crítica aqui lançada à pouca criatividade da jurisprudência, porém, não se imputa apenas à intervenção dos Tribunais Comuns, os quais, quer em sede de aplicação das regras de processo penal, quer em sede de fiscalização difusa da constitucionalidade, têm uma certa tendência para o aligeiramento das exigências normativas que a Constituição da República imporia.

Na verdade, igual crítica merece o Tribunal Constitucional português, como temos aliás tido oportunidade de afirmar amiúde[30]. É um facto, emergente da análise da jurisprudência constitucional portuguesa, que não só, por regra, a hermenêutica do Tribunal Constitucional é pouco mais do que declarativa do que dizem as normas interpretandas, como, o que pior é, tem tido uma tendência para ser ainda mais restritiva dos direitos, liberdades e garantias do que a própria Lei Ordinária e até a jurisdição criminal comum.

Assim que, havendo quaisquer problemas no entrecruzamento desta questão do combate à corrupção no exercício das funções política e administrativa e dos direitos fundamentais, os mesmos não serão propriamente sentidos com qualquer acuidade especial onde seria esperável, i.e., na tutela dos direitos dos Arguidos ou dos poderes, faculdades e posições dos demais sujeitos processuais neste tipo de processos criminais por corrupção.

Bem ao invés, uma questão de potencial violação dos direitos fundamentais, despoletada pelo combate à corrupção no exercício das funções política e administrativa, surge noutra área e com diferente sentido, como teremos oportunidade de ver agora em sede conclusiva, arrimados, aliás, noutras opiniões que nos secundam com anterioridade.

5. Conclusão

Como acabamos de sublinhar, a área do combate à corrupção no exercício das funções política e administrativa pode realmente estar a gerar violações de direitos fundamentais, mas não onde seria esperável que gerasse, e que era a área da tutela das garantias de defesa asseguradas pela Constituição da República

[30] Assim a Conferência por nós proferida no passado dia 14 de Março de 2015, nesta mesma Faculdade de Direito de Lisboa, no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Fiscalização concreta da constitucionalidade, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em colaboração com a Ordem dos Advogados.

a todos os Arguidos em processos criminais, e bem assim às garantias de jurisdicionalidade efectiva a todos os demais sujeitos processuais no âmbito de processos- crime em que se investigassem, julgassem e condenassem arguidos pela prática deste tipo de crimes.

Com efeito, como escreve Paulo Morais, é em parte diversa da sociedade que temos de procurar para encontrar aqueles cujos direitos fundamentais têm sido violados por uma débil, ou quase inexistente, luta contra a corrupção na função política e administrativa.

Refere tal autor, a este propósito: "as vítimas da corrupção, essas, continuam a sofrer: os cerca de milhão e quatrocentos mil portugueses em situação de desemprego e subemprego, aqueles cujos parcos rendimentos já não chegam para comprar comida... todos quantos são fustigados com iníquas medidas de austeridade"[31].

Tal como o dito Autor, muitos outros pensadores, comentadores e analistas, têm chamado a atenção para o facto de a corrupção criar situações de profundo desequilíbrio social e de empobrecimento da sociedade. Mas há que ir mais longe, e apontar a gravidade do problema que a corrupção no exercício da função política e administrativa tem criado a Portugal. Para isso, cabe lembrar que a última situação prática de bancarrota, vivida em 2011-2012, implicou para ser evitada contratar um resgate internacional de 78 mil milhões de euros... isto num País que nos últimos 30 anos recebeu centenas de milhares de milhões de euros, a fundo perdido, da União Europeia.

Essas muitas centenas de milhares de milhões de euros escoaram-se pelas redes da economia, quer legal, quer ilegal, tendo tido um impacto econômico real muito aquém daquele que seria objectivamente esperável que tivesse tido.

Uma tal situação só é entendida quando, ponderada a debilidade de um controle efectivo de todo o auferimento de rendimentos, com margens de economia negra absolutamente incomensuráveis, se constata no dia-a-dia de milhares de cidadãos a ostentação de sinais exteriores de riqueza que não se coadunam com os respectivos rendimentos oficiais. Compreende-se, também, quando se analisa – e até o jornalismo de investigação o vai demonstrando em alguns trabalhos – que uma boa parte das grandes fortunas tem o seu início após o exercício de funções políticas ou de altas funções públicas. Tal como surgem no âmbito dos dirigentes profissionais, que transitam de alto cargo público em alto cargo público,

[31] Paulo Morais, cit., p. 13.

ou entre estes cargos e os cargos políticos. Havendo ainda os que vão alternando ou mesmo acumulando a titularidade de tais funções públicas com funções no âmbito dos grandes grupos económicos privados.

Tudo quanto permite concluir que Portugal, ao fim de 30 anos de injecções maciças de investimento, mesmo produzindo pouco e mal, não poderia ser um País tão pobre como está, e, muito menos, com assimetrias regionais e sociais tão flagrantes como o é.

Daí a questão legítima: onde foram parar essas centenas de milhares de milhões de euros? Como pode o Estado ter chegado a uma situação de falência (a 3ª só nesta 3ª República) apesar de tão esmagadoras quantias de dinheiro dadas a Portugal? Como é possível encontrar tão volumoso número de cidadãos em estado de total fragilidade económica e social? Como pode a indústria ter quase desaparecido, a pesca estar depauperada, a agricultura largamente abandonada? Onde está, em rigor, o motor da economia nacional?

A resposta encontrar-se-ia se o Fisco funcionasse efectivamente no cumprimento da sua função, que não é, obviamente, apenas a de fiscalizar os contribuintes que declaram... seria, antes de mais, actuar de molde a não permitir que tantos não declarassem sequer. E encontrar-se-ia também se as instâncias formais de controlo, efectivamente, perseguissem e punissem, exemplarmente, todos quantos, no exercício de funções públicas, enriquecessem sem demonstração da fonte do enriquecimento. Para o que não seria irrelevante voltar os olhares directa e precisamente para os casos flagrantes de todos conhecidos e largamente propalados... à boca fechada, como convém onde há medo de falta de protecção real do braço armado da Lei.

É no depauperamento da economia nacional, com o consequente empobrecimento de quase todos, que se pode encontrar a mais flagrante ofensa aos Direitos Fundamentais instituídos e consagrados pela Constituição da República: a corrupção no exercício da função política e administrativa é não só a conduta mais fortemente lesante dos direitos fundamentais de uma colectividade inteira, como é também o maior obstáculo ao próprio combate à corrupção.

A falta de consciência de missão, de serviço público, de serviço à colectividade, e a prevalência dos instintos de auto-satisfação egoística, impedem a plena realização dos fins gerais do Estado, declarados logo nos art.ºs 1º e 2º da Constituição da República. E se levados a cabo, tais comportamentos de aproveitamento da coisa pública, por parte de quem tem por função a condução da

mesma coisa pública, então estará encontrada de uma assentada não só a causa do empobrecimento de uma nação, mas também a de tão tíbios e inexpressivos resultados no combate à corrupção.

Por isso cabe citar um dos mais insignes constitucionalistas portugueses, quando escreveu: “a corrupção está sempre associada ao ‘abuso da função pública em benefício privado’. A corrupção é um obstáculo à radicação do Estado de direito democrático. Beneficia de cumplicidades, cobre- se com a intransparência das actividades públicas e privadas, oculta informações relevantes, joga com o vazio de responsabilidades, vive do conúbio entre o económico e o político (...). Para quando a improbabilidade de actividades corruptivas? Ninguém sabe. Mas tem de se começar por algum lado”[32].

Assim que tenhamos de concluir ser um imperativo Constitucional o combate à corrupção no exercício das funções política e administrativa, precisamente porque a Constituição consagra direitos fundamentais que o Estado não consegue assegurar mercê da pilhagem de que é alvo, por dentro, numa estranha situação de autofagia verdadeira e própria. É a tutela dos direitos fundamentais que impõe, pois, esse combate. Para não mais se ouvir cantar, “eles comem tudo, eles comem tudo, eles comem tudo e não deixam nada”![33]

Mas não será por acaso que, como já referido, todos os programas políticos de todos os partidos de países com o fado de serem “pobres”, por mais riquezas naturais que tenham e por maiores que sejam as riquezas das classes dirigentes, elejam o combate à corrupção como um objectivo... mas, paradoxalmente, nunca se passe das palavras aos actos e aos resultados.

E quando tenta passar-se, “aqui d’El--Rei”! É o próprio regime que treme.

Paulo Saragoça da Matta

Lisboa, 8 de Abril de 2015

[32] J.J. Gomes Canotilho, Pequena nótula de apresentação a José Mouraz Lopes, O espectro da corrupção, Almedina, Coimbra, 2011, p. 9.

[33] Poema de Zeca Afonso, Os Vampiros, 1963, mesmo ano em que termina a licenciatura em Ciências Histórico- Filosóficas, com uma tese sobre Jean-Paul Sartre, intitulada Implicações substancialistas na filosofia sartriana.

5

DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMBATE À CORRUPÇÃO NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS (II)

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O COMBATE À CORRUPÇÃO

Aroldo Cedraz*

*Mestre em Medicina Veterinária pela Universidade Federal de Santa Maria (UFRS); Doutor em Medicina Veterinária pela pela Tierärztliche Höchschule Hannover, Alemanha (1982); Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU); Deputado Federal por quatro mandatos.

Saudações à mesa, na figura do presidente professor Jorge Miranda, e por ouvir também, o doutor professor Guilherme d'Oliveira Martins, como presidente do Tribunal de Portugal, pela sua história de homem público, pela sua brilhante figura de professor, pesquisador e dirigente público. Cumprimentos ao Doutor Eduardo. Agradecimento ao convite honroso, feito pelo IDP na pessoa do Ministro Gilmar Mendes; ao professor Gilson Dipp, ao professor Manoel Gonçalves, a André Luiz de Carvalho, do Tribunal de Contas da União, e a todos os presentes e, em especial, ao presidente do Tribunal de contas, Rainha.

Os Direitos Fundamentais e o Combate à Corrupção envolvem cada vez mais a sociedade nessa difícil missão de combate à corrupção, da qual não se pode excluir o tribunal brasileiro, com o sistema nacional de controle, na investigação de escândalos e de eventos de corrupção praticados contra o estado todos os dias; um mal que, embora em graus diferenciados, espalha-se cada vez mais por várias ações de vários continentes.

Coincidentemente, este era considerado tema do dia, também no Chile. Exatamente no momento em que o Tribunal de Contas da União está diante de enormes desafios decorrentes da necessidade de fiscalizar novas modelagens na área de concessão em infraestrutura e logística, área em que o Brasil precisa avançar, com investimentos que ultrapassam a casa dos cem bilhões de reais – cerca de trinta milhões de euros. Além disso, há sobre a responsabilidade do Tribunal o controle da execução do orçamento, com despesas fixadas na ordem de três trilhões de reais para este ano de 2015, próximos, portanto, a 900 mil milhões de euros.

Historicamente, há quatro momentos a serem considerados quando o assunto é combate à corrupção: entender o conceito de corrupção e algumas formas pelas quais se tem manifestado, e os paradoxos a que estamos sendo levados num momento de modernidade; os efeitos da corrupção sobre os direitos fundamentais; análise sobre o combate à corrupção sob a ótica dos direitos fundamentais dos investigados; ao final, algumas saídas adequadas para o enfrentamento do Tribunal de Contas da União desta mazela que acompanha a humanidade desde seus primórdios.

Antes, urge esclarecer que a corrupção abordada é aquela ocorrida contra o estado, porque existe a corrupção entre particulares, como aquela prevista na legislação da ordem; para Aristóteles, esse mal é uma das quatro espécies de movimento substancial, em virtude do qual a substância se gera ou o ser se destrói; a confissão, portanto, é o não ser, uma negação radical das chamadas virtudes constitucionais.

Neste sentido, corrupção, com vênias de estilo aos constitucionalistas, na Constituição, não é uma categoria jurídica fechada, é um estado amplo de compreensão de atos contrários aos mais valiosos valores da sociedade, isto porque a lei fundamental utiliza o termo corrupção apenas uma vez; já o conceito improbidade comparece por três vezes no magno texto. Assim, corrupção e ética são conceitos contrários, pois um é negação do outro, e assim, permitem a mútua compreensão. Espinosa colocava ética em um mundo considerado mundo de pureza racional, o qual é tão difícil quanto raro. Então, por que ser ético, seria o mesmo que perguntar, por que seguir os próprios interesses?

Pelo visto, sabe-se perfeitamente o conceito de corrupção, embora seja complexo. Fato é que, assoladas por ela, as pessoas deixam a ética de lado. As palavras de Hannah Arendt, na obra Homens em Tempos de Obscuridade, dizem que a história conheceu muitos períodos de tempos de obscuridade, nos quais o âmbito público resultou ensombrecido, e se tornou tão duvidoso que não se pedia à política outra coisa que não fosse demonstrar a devida consideração por nossos interesses vitais e pela liberdade pessoal, uma espécie de desesperança acoplada à doutrina da corrupção como decorrente do pecado original, mas como o lugar dos corruptos não seria a terra, e não seria da terra, segundo Dante Alighieri: "reserva a eles, portanto, o oitavo círculo do inferno."

Do discurso constitucional pode-se dizer que o corrupto atenta contra a construção de um estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como sabemos, os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Certamente, definir corrupção é tarefa mais fácil que combater; para Ferrajoli, as teorias dos direitos fundamentais são mais desenvolvidas que sua concretização. Descompasso, teórico, está na distância entre teorização sobre corrupção e a eficácia em seu combate, mais ou menos com acontece com as drogas.

Segundo o jus filósofo alemão Luhmann, o sistema do direito, assim como outro, só sobreviveria se fosse auto poético, mas o interessante desse *insight* veio da biologia, nas pesquisas de Maturana e Varela, para quem os seres vivos vivem e se interagem com o meio ambiente, e, nesta relação, vão se adaptando, criando mecanismos de mudanças relacionadas a sua estrutura, ou seja, a mutação não está apenas no vírus, nas bactérias, está em todas em que se ministram remédios jurídicos. A corrupção trabalha sobre a mesma lógica, tal como bactéria e os vírus, todas as vezes em que remédios jurídicos são ministrados, o corrupto adapta-se ao ambiente e passa a elaborar, sobre várias outras formas, meios de sobreviver.

Assim foi o que se deu no Brasil nos últimos tempos. Em primeiro lugar, a corrupção aprendeu a trabalhar os comissionamentos ilícitos entre 1 e 3%; isso criou uma camuflagem para despistar as auditorias do Tribunal de Contas, e viabilizou a tipificação dos valores contratados sobre o preço ou superfaturamento. Entretanto, para trabalhar com percentuais assim reduzidos, vitimaram contratos milionários, o que é mais factível, inclusive, nas empresas estatais, que encontra um ambiente propício para proliferar, porquanto a Constituição determina para eles, em especial, as que exploram atividades econômicas, uma lei específica e mais flexível de licitações, e não é apenas isto.

Este fenômeno da corrupção – tão bem trabalhado pelos professores da faculdade de direito da Universidade de Lisboa, Maria João Estorninho e Vasco Pereira da Silva, ganhou espaço em entes regidos pelo direito privado, e alguns destes fora do alcance da jurisdição do Tribunal de Contas da União. Exemplo claro é aquele em que O Supremo Tribunal Federal, e o Ministro Gilmar Mendes é a melhor pessoa para falar sobre o assunto, no julgamento da Ação penal 470, viu-se diante da malversa ação da Visanet; fato concreto em que há uma empresa criada pela Visa, com capital próprio, distribuído a bancos privados ou públicos que operavam com a sua bandeira.

Outras entidades fora do estado, as que estão, de alguma maneira, sob a influência indireta – como os fundos de pensão ligados a empresas estatais; estão em más condições financeiras por condutas administrativas pouco abonáveis.; não obstante o problema da globalização da governança, que aparece acompanhado de novas normas de contração com a administração pública; e ainda é apenas o início.

No tocante a isso, as parcerias público/privadas, os contratos de gestão e as relações com o terceiro setor, nomeadamente, as organizações sociais, cuja legislação é caracterizada pela flexibilidade e pela baixa densidade normativa, baseada em princípios e diretrizes e na reabilitação do poder discricionário administrativo. E, se considerado um novo direito administrativo, como ensina Eberhard Schmidt-Abmann, está inserido em um modelo de democracia experimental, caracterizado pela ductilidade das regras de modo a se adaptarem facilmente à realidade, pela inventividade na construção de novos modelos e na tomada de decisão; e pela aprendizagem na admissão do erro como algo a ele intrínseco. Percebe-se que, mais uma vez, está-se diante de um ambiente ideal para a proliferação da corrupção, para além da discussão acerca, portanto, das grandes quebras de sigilos, tão bem debatidas por Abmann. A saída é mais burocracia e, outra, o retorno às formas tradicionais do Direito Administrativo.

Talvez não tenha casa melhor para responder a estas questões que a escola de direito da Universidade de Lisboa. A primeira resposta de ordem pragmática seria negativa, pois haveria perda de competitividade em função de modelos de outros países, em que se tem menos norma e mais liberdade de ação; outra seria que o excesso de burocracia habita, também, com muita propriedade

o corrupto; a agilidade e a eficiência do serviço público passam a ser um bem ilicitamente negociado. O segredo, portanto, está na calibragem, na sintonia fina, porque existe um ponto ótimo para a dosagem do estado burocrático, nem excesso e nem ausência.

Quanto aos efeitos da corrupção, considerados os direitos fundamentais, muito se tem estudado sobre a relação inversamente proporcional entre corrupção e direitos fundamentais, pois na medida em que a primeira aumenta, os segundos vão se esvaindo. Por esta razão, foi estabelecido o direito fundamental a uma vida livre de corrupção. Para sua concretização, vincula-se ao modo como o desenho dos programas anticorrupção afetará a população em situação de vulnerabilidade. O prefácio da convenção da justiça criminal sobre o Conselho da Europa resume com muita propriedade tais efeitos; a corrupção ameaça o império da lei, a democracia e os direitos humanos; só para a governabilidade, a honestidade e a justiça social; distorce a competência, obstaculiza o desenvolvimento econômico e põe em risco a estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade.

A corrupção mata, ocasiona a falta de medicamentos, equipamentos e de materiais hospitalares, principalmente, nos países em desenvolvimento; deseduca, pois desvia merenda escolar, adquire produtos de baixa qualidade, uma tônica no Brasil; lamentavelmente, salas de aula são construídas sem as mínimas condições para o ensino; aprofunda o abismo social e impede a implementação de ações afirmativas. Ninguém pode carecer e ninguém pode negar a isso o efeito redistributivo, pois retira a riqueza da sociedade e a coloca nas mãos de quem não tem o direito a usufruir; isso inviabiliza as gerações presentes e as gerações futuras. Claro está que estes efeitos diretos do ato de corromper são visíveis, também, nos serviços públicos devidos aos cidadãos; e é um grave problema do momento brasileiro, quando a baixa qualidade dos serviços públicos está contaminando, também, os serviços da iniciativa privada.

Nada melhor que transitar com as vênias de estilo para colocar algumas reflexões sobre o combate à corrupção; existem várias, as formas não penais, como a liberdade de expressão e a transparência; outras ligadas ao processo administrativo judicial, tais como as leis de estímulo às denúncias, com as cautelas contra um mal que assola; o denuncismo. Agora, há algo novo no direito brasileiro em termos de aplicação prática, que são os acordos de delação premiada e de leniência; como toda novidade, estas novidades geram dúvidas e insegurança jurídicas e o Tribunal de Contas, assim como toda a sociedade estão ansiosos pela palavra final do Supremo Tribunal Federal, e são questões do dia a dia.

A primeira dúvida é, se a delação premiada dada pelo delator preso seria um ato de vontade livre e qual seria o valor probatório dos documentos entregues pelo delator; a segunda questão, e que cabe melhor detalhamento, é a semântica da prova delatada, expressão muito conhecida na linguagem jurídica, em que em um conjunto probatório que aponta para determinados culpados, ou seja, nunca centrada em uma única pessoa, apareça o delator e afirma que tais elementos referem-se ao indivíduo; e tudo passa a fazer sentido. Ora, o conteúdo semântico da prova estará na palavra do delator, retirando-a, isso deixa de fazer sentido, portanto, não tem valor em si.

É lógico que o conjunto probatório deverá ser levado em conta, mas o instigante é a capacidade de o julgador separar a prova da versão dada pelo delator; mais uma vez, o trabalho será construir a paisagem com os elementos do quebra cabeça recolhido na fase de investigação, e como escreveu o filósofo alemão Luhmann "a paisagem que salta aos olhos é uma ilusão de sua perfeita compreensão, mas se mudarmos nossa atitude quando sairmos até ela, a paisagem modifica o seu rosto". Quanto aos acordos de leniência de lei anticorrupção efetivados com empresas, pairam as mesmas dúvidas; assim, o Tribunal de Contas da União editou, dentro das suas competências, editou norma para acompanhar passo a passo a produção desses acordos, sob o enfoque da legalidade, da legitimidade e da economicidade.

Nos acordos de leniência da lei anticorrupção efetivados com as empresas pairam as mesmas dúvidas e outras mais. O Tribunal de Contas da União editou, dentro das suas competências, norma para acompanhar passo a passo a produção desses acordos sob o enfoque da legalidade, da legitimidade e da economicidade. A leniência não tem por função primária salvar empresas ou empregos; não possui caráter econômico, visa a acabar com o crime e tornar efetiva a jurisdição administrativa. A questão em pauta é a possibilidade em se admitir acordos com todas as empresas envolvidas no ilícito, ou apenas com a primeira, dúvida que o decreto regulamentar parece dissipar no sentido da totalidade; todas as soluções legislativas devem estar conforme os valores constitucionais.

Recentemente, uma decisão do *bundesgerichtshof*, a mais alta corte de jurisdição ordinária alemã; quando leu norma referente ao pagamento de tributos como causa de extinção de punibilidade em processo penal, revisitou interpretações, inclusive anteriores, para dizer que, com o avanço das tecnologias e das técnicas de fiscalização tributária, o argumento pragmático do aumento de arrecadação de impostos não mais se sustentava; o requisito constitucional seria, então, o retorno à honestidade fiscal. Neste sentido, os acordos de leniência só seriam possíveis em havendo um total retorno da empresa à honestidade empresarial, entregando, não apenas os fatos relativos àquele determinado contrato, referentes a toda sua relação com o setor público.

Vejam que as dúvidas pululam, tais como o uso de prova entregue pelo leniente em processo do tribunal de contas, ainda que este venha a julgar ilegal o acordo; então, o

que está por trás das dúvidas é o conceito de estado constitucional democrático, a aplicação de leis que visam a punir de forma mais eficaz, e facilitar o encaminhamento dos supostos infratores à justiça, e isto requer cuidado. A historiografia editada por Thompson nos remete à Lei Negra, em que bastava à pessoa sob juramento denunciar seus cúmplices e, apresentando relato verdadeiro, seria perdoada pelos delitos por ela confessados; a lei italiana do expentite também sofreu críticas semelhantes; mostra que é possível coexistir um estado de exceção no seio de uma democracia, pois será excepcional apenas para alguns; portanto, os fatos ocorridos por força da norma de exceção situam-se na franja ambígua entre o jurídico e o político.

Em virtude do exposto, as dúvidas transformam-se em verdadeiras preocupações, pois o modo como as normas de delação e leniência serão concretizadas requer cuidado necessário para que isso não represente, em momento algum, qualquer tipo de arbítrio. Claro que a resposta do Tribunal de Contas da União à pergunta será negativa, pois ele criará mecanismos que alterem as condições do ambiente de forma permanente, de forma a impedir que a corrupção crie resistência aos remédios aplicados; adaptar seus mecanismos a uma realidade inerte. Acerca das competências constitucionais do Tribunal, a Constituição de 88 solidificou o TCU, munindo-o de instrumentos coercitivos, partilhando parcela da função fiscalizadora com o poder Legislativo para dar suporte à atuação do tribunal.

A lei fundamental brasileira reservou ao Tribunal de Contas uma seção do capítulo referente ao legislativo. Tem-se, também a lei orgânica, que reproduz as competências constitucionais e as complementa com outras destas derivadas. As atribuições do órgão incluem, desde apreciar as contas prestadas anualmente pelo presidente da república, até sustar a execução do ato impugnado; no campo das sanções pode condenar os responsáveis em débito, aplicar-lhes multas proporcionais ao dano, inabilitá-los ao exercício de cargo em comissão, declarar a inidoneidade de empresas para licitar e decretar a indisponibilidade de bens no curso do processo de tomada de contas. Apesar de não possuir instrumentos de apuração, como as quebras de sigilo bancário, fiscal e telefônico, em que deve desenvolver mecanismos de controle de maneira a antecipar os riscos, ou seja, buscar, cada vez mais, uma atuação preventiva.

Foram implementadas pelo Tribunal algumas ações que ajudarão a viabilizar o trabalho do órgão nesta área e em outras; por exemplo, foram criadas condições de trabalho sob a concepção de novas tecnologias, principalmente neste momento em que a humanidade começa a mudar a forma de pensar e de trabalhar em todos os campos do conhecimento, estruturados, ou não estruturados; a utilização de mineração de dados, de análise semântica de textos e

de vários métodos analíticos; será criada uma espécie de observatório da burocracia, de modo a identificar aquelas questões que, tão somente, se prestam à ineficiência e à corrupção; para implementar o controle social por meio da participação do cidadão, o tribunal pretende induzir em trabalho conjunto a implantação do governo digital, tornando concretas as formas de transparência dos gastos públicos.

Cada vez mais, a transparência se mostra importante para o fortalecimento de qualquer democracia; foram criados laboratórios de tecnologia da informação e comunicação, a fim de construir novas modelagens de controle e estabelecer um constante processo de aprendizagem; o que, nos conceitos modernos, não valem mais a pena as noções de educação corporativa, mas a ideia que se deva ter um tribunal de aprendizagem corporativa na perspectiva do amanhã. O Tribunal pode ser considerado uma instituição inteligente, ou a caminho disto, pois serão incorporadas novas técnicas de auditoria financeira; de modo a permitir fiscalizações preditivas e prescritivas, com a finalidade de prevenir a prática do ilícito e, acima de tudo, combater eficazmente todas as formas de desvios. Esta é a melhor forma de se combater a corrupção sob todas as suas modalidades.

Espera-se, portanto, que essas iniciativas possam ser, não somente preventivas, mas acima de tudo determinantes para que o estado brasileiro não venha se valer apenas de um emaranhado legal, que até aqui não se mostrou eficaz e eficiente. É certo que a atuação do Tribunal colocada em questão suscitará críticas e sugestões do auditório; de alguma forma, os conceitos novos, vistos em sala de aula e aqui apresentados, contribuirão para reflexões e debates. Não há como achar que o melhor remédio para a corrupção seja a profilaxia, a pré-exposição e a recriação constante do ambiente, de modo a não permitir sua adaptação ao meio externo.

Vivemos um momento paradoxal, repleto de contradições; é em situações difíceis como essas que se apresentam as grandes oportunidades dignadas e as melhorias nos métodos de combate à corrupção, permitindo, assim, a efetivação progressiva dos direitos fundamentais tão bem defendidos e proclamados neste evento. Para o Tribunal de Contas é uma missão difícil estabelecer, exatamente, o respeito, que deve ser permanente e infalível, aos direitos individuais nesse momento de incorporação de novas tecnologias.

Como a ciência ainda não chegou a estabelecer os limites entre degeneração e a morte, a degeneração e a necrose, o Tribunal ainda não sabe estabelecer, mas estará vigilante para que não venha, a partir de agora, com o uso das novas formas de combate à corrupção, poder invadir os sagrados direitos individuais que fortalecem e solidificam qualquer democracia.

A CORRUPÇÃO NAS ESFERAS DEMOCRÁTICAS

Eduardo Vera-Cruz Pinto*

* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (FDUL); Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica e Lusíada de Lisboa; Professor Catedrático e Presidente do IDB da FDUL; Membro da Seção de Acompanhamento e Ligação aos Tribunais Judiciais da Circunscrição de Serviço Militar.

Saudações à mesa composta pelos ilustres presidentes do Tribunal de Contas da União, em especial pela distinção recebida deste órgão no estado do Pará. Cumprimentos ao colega professor Guilherme de Oliveira Martins, ao professor Jorge Miranda – de quem fui aluno por quatro vezes, que fez da universidade sua trincheira de intervenção cívica e colocou por terra aquele ditado "quem não sabe, ensina"; que sabe conjugar informação em conhecimento e fazer disso uma sabedoria e, bem por isso, reconhecido diretor vitalício pela universidade e a república precisa de um peito cheio de medalhas.

O tema corrupção será desenvolvido fora das trincheiras habituais da técnica jurídica e da técnica legislativa. Segundo as ideias do professor Guilherme de Oliveira Martins, que trabalha no parlamento no âmbito de prevenção à corrupção, há ideias relacionadas à corrupção distantes do discurso da política e, sobretudo, institucional. Não se combate a corrupção sem lançar o olhar para a crise de algumas instituições que hoje andam meio esquecidas como, por exemplo, a família. As liberdades individuais levam à ideia que os direitos de cada um valem mais que qualquer responsabilidade assumida em relação a terceiros. Talvez fosse o caso de Norberto Bobbio reescrever A Era dos Deveres porque, quando a visão dos direitos é absoluta, um direito não possui o seu o relativo dever.

Outra instituição em crise é a universidade, que se vê presa ao modelo norte-americano, grande colonizador da humanidade; neste modelo, a universidade é um estado de empresa e deve ter receita própria. Inegavelmente, a sociedade está cada vez mais disponível para esta prostituição do conhecimento no mercado; todos estão no mercado, na monta e faz-se necessário ser dinâmico para atrair receitas. Isto é de tal porte, que parece que a universidade de direito teve origem nos Estados Unidos, e não na Itália. A crise na universidade reside justamente aí, pois o ensino está direcionado para o mercado de trabalho, para a advocacia, para o exame da ordem; este tecnicismo acabou por matar completamente a instituição universitária como a casa de sabedoria e cultura.

Para se ter ideia, a incidência de juristas cultos é cada vez mais minoritária entre os juristas, que são pessoas técnicas, que sabem conjugar muito bem, são espécies de torneiros mecânicos, apertam os

artigos do código para ver se dali sai água; e sai, muitas vezes saem honorários, mas é uma coisa técnica. As crises da família e a crise da universidade são, portanto, uma coisa técnica.

A questão é como se chegou a este patamar. Ninguém ensina nada a ninguém, são todos *self made man*, ou *human*; assim, na medida em que se lança na vida desarmado de educação, de moral, mas sobretudo desarmado daquilo que é direito como instrumento de justiça, o direito passou a ser o que está no código, o que está aqui ou acolá. Acontece, porém, que não pode ser apenas isto porque, se o direito é o critério da política, quem faz os códigos são os políticos; e é essência da democracia que a vida das cidades tenha leis feitas pelos representantes dos destinatários das leis. Outra questão é, se o estado é de direito, quem diz aos políticos aquilo que é direito, para que eles façam as leis, é a Constituição.

Certamente, a Constituição é o sítio em que, de acordo com a arquitetura atual normativa, são colocados os valores, os princípios, as regras; e as leis são pautadas pela compatibilidade com a Constituição. Acontece, porém, que a interpretação feita depois é uma interpretação endogâmica, já não apela para as regras do direito - é o princípio do pacta sund servanta; essas regras não existem, haja vista os cidadãos não falarem latim, mas sim, inglês. Se o professor vai explicar para o aluno uma regra em latim, ele coloca como se o ensinado não lhe dissesse respeito, perde a confiança, porque está a ouvir uma língua que não lhe diz respeito. Esta ideia de desapego às regras é o que não traz jurisdicidade às coisas.

Ninguém ensina nada a ninguém, logo, a primeira crise está além da crise das instituições terem transferido para os partidos políticos estes graus de fica bem e fica mal. Logo, a primeira etapa para o combate à corrupção é a reforma dos partidos políticos exigindo que cada um tenha, pelo menos, qualquer curso honorium lá dentro, que tenha uma carreira das honras e que consigam, de alguma forma, que seus dirigentes não sejam aqueles que mais tripudiaram os amigos, que mais traíram dentro do partido, que se juntaram aos piores, que tenham contatos com os empresários mais ricos financiadores de campanhas; mas que sejam os mais honestos, aqueles que deram prova na vida pública.

Faz-se necessário que, em primeiro lugar, reformem-se os partidos políticos, que eles aceitem algumas restrições às suas imensas liberdades à nação para poderem atuar combatendo a corrupção; em segundo lugar, não criminalizar a

corrupção, porque uma das coisas no Conselho Superior de Magistratura é que não existe nada entre a prisão preventiva e o comportamento do político suspeito de corrupção; por exemplo, temos um ex primeiro ministro em prisão preventiva porque não representa nada, vai se incorrer, é um crime. Hoje em dia, os cidadãos são tão puros, tão virtuosos que o Código Penal é o código das virtudes e tudo se justifica como crime.

Não demora muito, será aberto o código penal, que parece um acórdão, que vai caindo crime após crime, crimes para tudo e para nada; todos ficaram virtuosos. Há um grupo que fica amaldiçoado porque pisou um risco contínuo, porque cometeu uma pequena infração, as famílias vão passar na volta triste do de semana e mostram: ali está a cadeia, aqueles senhores que se portam mal. Cria-se, portanto, uma ideia de que há uns virtuosos que tiveram azar e foram apanhados pelo tribunal A, B, C ou D.

Convém acabar com esta brincadeira e ter algumas sanções intermedias e políticas, ter alguma censura social para alguém que – suspeito de corrupção ou que haja uma prova indiciária de que é assim – para que chegue logo ao tribunal dos direitos fundamentais. Outra coisa seria que o corrupto tivesse sua carreira política impugnada por algum tempo, sob a alegação de que ele tenha algumas sanções não pertencentes ao foro da cadeia, mas que diminuem em muito a sua capacidade de agir sem prejuízo ao estado, por ser corrupto.

No meio disso tudo está o meio midiático, a ideia de haver uma liberdade de expressão nos meios de comunicação social, como hoje é aceita, sobretudo, pelo tribunal europeu; mas também não se podem esquecer os tribunais nacionais. É claro que a liberdade de expressão não pode ser confundida com a ofensa constante à honra das pessoas; o princípio in dubio pro reu não foi criado para o tribunal, foi criado para a sociedade, e, hoje a imprensa e aquilo que faz é dirigida pelos capitais, que têm interesse em queimar a figura A ou B, vira manchete e fim. Alguém é sério até que o outro queira, assim funciona a imprensa: cria-se um fato, uma suspeição; há sempre uma verdade qualquer, porque "não há fumo sem fogo". Parece que há uma explicação lógica, mas ninguém quer ouvi-la, e aquela figura fica praticamente queimada.

Por esta razão, há uma deserção na vida pública de pessoas que não se sujeitam a isso; ninguém quer estar sujeito a alguma coisa qualquer que faça: uma assinatura fora do sítio, um colabora que flagra um processo menos preparado em centenas

daqueles que estão para despachar por dia, ou melhor, ninguém está sujeito a ver o seu nome na lama por qualquer indivíduo que tira o curso em uma universidade de “vão de escada”; que em uma matéria sobre a pessoa colocam-na, e a família, num rolo em que ninguém desejaria ser visto. É lógico que o direito à honra das pessoas deve ser visto de uma forma diversa, e os tribunais e os políticos têm de entender que eles não fazem leis; ou, pelo menos, evitar que isto aconteça.

Infelizmente, a correria do dia a dia leva o indivíduo a tentar “correr atrás do prejuízo” e, de certa forma, não fazer nada para evitar estes prejuízos, como aconteceu recentemente em Portugal; há pouco, o presidente falou sobre a delação premiada, mas isto é acentuar a corrupção, é pagar a traição do indivíduo autor com outra traição, e ainda receber para fazer isto; ótimo, agravam a corrupção, pois para ele é mais um “dinheirinho que entra” ou “é menos uma pena que cumpre”.

O procurador Pinto Monteiro criou a figura da denúncia anônima para apanhar corruptos, com a ideia de serem estes crimes esquisitos; isto em uma sociedade portuguesa que viveu 40 anos de ditadura, com uma política sem meios, a não ser à inveja das pessoas, à denúncia caluniosa sob a capa do anonimato. Claro está que o anônimo é um covarde merecedor de um cesto de papéis apenas, porque toda denúncia anônima deve ter como destino um cesto de papéis. Como diz o ditado: quem atira pedras e esconde a mão, não merece outra coisa senão uma palmatória.

É inegável que a universidade de direito continue a ser o sítio em que os estudiosos pensam os problemas para ajudar a quem está em cargos para melhor executar sua função; esta ideia foi condensada em um provérbio que diz: “pergunta quem pode, responde quem sabe”; como os ministros que passam sempre a correr com agendas cheias, abrem colóquios, dizem o que estão a fazer e saem, com a imprensa toda atrás deles a perguntar sobre outros assuntos. Por certo, o professor Jorge Miranda lembra-se de estar quieto na universidade por algum tempo, porque quando assumiu o cargo de ministro da educação e, em seguida, das finanças, tinha a bondade de sentar-se e ouvir os juristas; mas nem por isso, é um ministro exemplar do ponto de vista daquilo que tenham sido os ministros de governos. A exceção fica feita... Cada vez mais, perguntam menos; e cada vez menos, quem sabe responde, porque não é ouvido.

15/03/16 19:08

DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMBATE À CORRUPÇÃO

Guilherme D'Oliveira Martins*

*Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); Ex-Presidente do Tribunal de Contas de Portugal; Presidente do Centro Nacional de Cultura; Consultor Jurídico dos Ministérios das Finanças e da Indústria e Comércio.

Senhor, professor Jorge Miranda, obrigado pelas palavras. Naturalmente é um grande prazer estar aqui, sobretudo, neste III Seminário Luso-Brasileiro de Direito, e apresentar e agradecer enormemente o querido amigo Ministro presidente do Tribunal de Contas da União, Aroldo Cedraz, que veio de longe, do Chile; e este esforço significa o reconhecimento da importância desta cooperação e desta iniciativa. Ministro que mantém estreita relação com Tribunal de Contas de Portugal, não só no âmbito da organização internacional, das organizações superiores de controle, INTOSAL, mas no âmbito da organização dos tribunais de contas da CPOP, da comunidade de países da língua portuguesa, em que o Brasil desempenha as funções de secretaria geral, o que significa o papel crucial nessa instituição internacional, reconhecida, aliás, pela própria INTOSAI. Ministro que possui uma folha invejável de serviço público e, sobretudo, em termos acadêmicos. Doutor em Medicina Veterinária, professor universitário, exerceu diversos mandatos de secretário de estado do governo da Bahia; é conferencista brilhante, foi presidente do Tribunal de Contas da União – 2013/2014 e, neste momento, exerce a função de presidente; é membro da Academia Veterinária do estado da Bahia; professor universitário; exerceu diversos mandatos como deputado federal entre 1991 e 2007.

A cooperação entre o Tribunal de Contas de Portugal e o Tribunal de Conta da União, do Brasil possibilitou o estudo das matérias que hoje são objetos nesta mesa de intervenções e teve a especial colaboração do Ministro Aroldo Cedraz. Os Tribunais de Contas dos dois países irão celebrar e, também, assinar um importante protocolo de cooperação, que apenas dará continuidade às tarefas fundamentais já exercidas por aqui

Especiais agradecimentos ao Senhor professor Jorge Miranda, que é uma referência em termos de direito constitucional e exerceu funções docentes nesta faculdade desde 1969, com uma proximidade, não apenas acadêmica ou científica e, sobretudo, cívica; e ao Senhor professor Eduardo Vera-Cruz Pinto.

Em Portugal, e de acordo com a Constituição, a lei tem uma função extremamente importante e foi, de algum modo, reforçado e refundado com alguém cuja memória não se pode deixar de recordar neste momento, tendo em vista ter sido um

ilustríssimo professor desta casa e atuante nas mais altas funções, nesta mesma casa e no país. O professor Antônio Luciano de Sousa Franco, amigo fraternal do professor Jorge Miranda. O professor Sousa Franco tornou o Tribunal de Portugal um tribunal de jurisdição completa; isto significa que, no âmbito das competências de responsabilidade financeira cabe, exclusivamente, ao Tribunal de Contas o exercício de funções de fiscalização prévia, de fiscalização sucessiva, e de julgamento de responsabilidade financeira.

Este aspecto, naturalmente, é importante, e, não podia esquecer o papel fundamental, sem essa intervenção no âmbito do dia a dia, e, sobretudo, no âmbito legislativo, não teria sido possível chegar à solidez desta instituição.

Alguém perguntava de onde vem o Tribunal de Contas de Portugal. Vem da velha Casa dos Contos, criada em 1389, sem solução de continuidade; é, portanto, uma instituição muito antiga, muito sólida, mas o seu caráter jurisdicional foi consagrado pela Constituição de1976 e pela legislação que lhe sucedeu. Quanto ao combate à corrupção o Tribunal de Contas de Portugal tem um papel fundamental no âmbito da prevenção, uma vez que junto dela está criado o conselho de prevenção da corrupção que tem, justamente, como função, como missão, o acompanhamento de todas as mediadas correspondentes, a prevenção desse flagelo, que é a corrupção, que atinge as bases da democracia e a democracia só pode ser reforçada por meio, justamente, de uma ação persistente relativa a essa prevenção.

Insistem que a prevenção é complementar da produção legislativa e, por isso, as leis foram feitas e há a necessidade de que sejam claras para os cidadãos, leis simples, leis acessíveis; e o papel fundamental da faculdade de direito, e da ação acadêmica é, simultaneamente, uma ação importante relativa da investigação criminal, que cabe ao Ministério Público. Portanto, tem-se a investigação e a prevenção articuladas complementares, e, nesse sentido, o debate que hoje terá lugar é da melhor pertinência e atualidade.

Agradecimentos reiterados ao senhor professor Jorge Miranda e ao Ministro Aroldo Cedraz, na certeza de que a contribuição de ambos será extremamente importante para uma reflexão, não apenas na compreensão entre nossas instituições acadêmicas e jurisdicionais, mas na compreensão dos cidadãos de um modo geral.

DESAFIOS E POSSIBILIDADES DO CONSTITUCIONALISMO: O QUE VIRÁ?

O FENÔMENO DA SUPRANACIONALIDADE E DAS MUTAÇÕES GENÉTICAS DA NATUREZA DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO

Carlos Blanco de Morais*

*Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); Professor Catedrático da FDUL; Vice-Presidente do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP), Presidente da Comissão Coordenadora Científica do Centro de Investigação em Direito Público (CIDP).

Primeiramente, agradeço aos membros da mesa, o senhor conselheiro Renato Rainha, a juíza conselheira do Tribunal Constitucional Lúcia Amaral, amiga de longa data e colega de curso, presença da qual não podemos prescindir em nossos encontros de Direito Constitucional. Saudação especial ao professor Paulo Gonet Branco, partícipe de muitas iniciativas conjuntas entre o Instituto de Ciências Jurídicas a políticas e o Instituto IDP de Brasília; e em particular, ao ministro Gilmar Mendes e ao professor Jairo Schafer, aos professores Jorge Miranda e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Menção honrosa ao senhor Presidente do tribunal de Contas da União e ao ministro Dipp.

A abordagem temática gira em torno do fenômeno da supranacionalidade e das mutações genéticas da natureza do estado e da Constituição, fenômeno predominantemente europeu. O professor Gomes Canotilho coloca, de maneira singela a seguinte questão: deverá ser aceito o teorema de que a Constituição pressupõe o estado ou, contrariamente, o estado é que pressupõe a Constituição.

Claro está que ambas as realidades predicam reciprocamente; embora seja importante dizer que o estado é a realidade principal desta relação, porque ele atua como coletividade reitoral, juridicamente organizada e constituída. Tudo isto porque a Constituição não nasce por si mesma ou parece a mesma, mas consiste numa manifestação de autoridade que pretenda assegurar, no fundo, a unidade de um estado. O estado é revestido de caráter principal e, segundo pese seu papel de relevância, possui uma realidade instrumental porque ele e permanece, mas as Constituições mudam em razão dos regimes políticos; simultaneamente, o estado é um cemitério de Constituições, à exceção, talvez, dos Estados Unidos da América.

Há uma influência biunívoca entre estado e Constituição sem prejuízo daquele preceder a esta; eis por que a teoria geral do estado e a teoria geral da Constituição estabelecem entre si um sistema importante e decisivo de vasos comunicantes. Na verdade, a Constituição logra modular e definir o papel do estado na fixação das suas tarefas, na organização do estatuto do poder, na declaração dos direitos fundamentais; e, como bem afirma o professor Canotilho, o estado é uma coletividade adjetivada, pois se fala em estado liberal, em estado social de direito, em estado de direito, em estado socialista, republicano ou autoritário. Muitas vezes, ele é adjetivado em função também daquilo disposto nas respectivas Constituições, que acabam por imprimir a ele uma imagem de marca relativa à legitimação do poder, à organização do poder e ao modo

de acesso, controle e tarefas com medidas.

Dito isso, há uma realidade contemporânea, pelo menos na Europa, no que diz respeito ao estado europeu que se integra à União Europeia, em cuja realidade condiciona, simultaneamente, Estado e Constituição; e uma terceira realidade, designada em um sentido mais amplo por supranacionalidade, ou seja, há um conjunto de poderes, uns fatos ou outros jurídicos que se encontram em uma posição misógina em relação ao estado e às Constituições, mas que influenciam primeiro um e, consequentemente, o outro.

Hoje em dia, o estado – pelo menos após a Segunda Guerra Mundial – já não segue o modelo de estado considerado no acordo de Vestfália, que era o estado e a nação plenamente soberanos. Inacreditavelmente, já em 1932, Carl Schmitt antecipava que o ciclo temporal da simples totalidade teria os seus dias contados com o padrão dominante da organização coletiva. Fato é que aquilo que se tem verificado na Europa desde o período de pós-guerra é que, por razões endógenas relativas ao próprio estado, a plenitude soberana e unilateralista do processo de decisão estadual sofreu um conjunto de modificações.

Não se trata ainda da influência da supranacionalidade, mas de algumas modificações ocorridas, precisamente, na estrutura soberana do estado, do paradigma estado/nação, que debilitaram e esmaeceram de alguma forma esta plenitude soberana. Tais modificações aconteceram, primeiramente, no plano administrativo em que três grupos específicos da sociedade pluralista começaram a se firmar e o estado ficou impedido de integrar esse mesmo pluralismo – processo de decisão por meio da chamada democracia participativa. Em Portugal, por exemplo, uma multiplicidade de domínios é necessária para a edição de certo tipo de lei em matéria laboral; é preciso ouvir as organizações representativas dos trabalhadores em processos de ordenamento de território de urbanismo; é necessário nos termos da Constituição ouvir um conjunto de interessados. Claro está que não se chega a um processo de co-decisão, mas a um processo de participação que, obviamente, atenua a unilateralidade da decisão jurídica.

No plano dos direitos fundamentais, assistimos a uma individualização e a uma radicalização individualista destes direitos. Eis aí a erupção, sobretudo em domínios fraturantes, de temas que, em 40 anos, eram considerados de baixo perfil e, hoje em dia, invadem a agenda midiática e questões relacionadas à vida, às opções, a orientações sexuais, à organização da família acabam por estar na ordem do dia. Como bem afirmam alguns autores italianos e, em especial, Cláudio Gemme, há, portanto, uma radicalização pluralista capaz de reforçar a individualidade dos direitos fundamentais. Certamente, isto implica a limitação do poder político porque paira sobre as leis a suspeita de inconstitucio-

nalidade. Esta, como alguém diz, anda por vezes um pouco no ar a conta de se ver nesta reafirmação individualista dos direitos.

No plano da organização territorial, há um crescente processo de devolução de poderes do centro para a periferia, para regiões autônomas, para municípios; um acréscimo de poderes em relação aos que existem também na Europa; um movimento, inclusive, sensacionalista como não havia na memória; houve um referendo na Escócia, posições separatistas na Catalunha, país vizinho a Portugal, fenômenos semelhantes aconteceram no norte da Itália. Há, portanto, um fenômeno de enfraquecimento do estado também pelas chamadas poluições periféricas.

No plano da organização econômica, com a queda do muro de Berlim e, enfim, com o fim do comunismo europeu, houve um triunfo de liberdade e do mercado, responsáveis pelo ciclo de privatizações. Antes o modelo de estado era proprietário e gestor, em que os grandes meios de produção e financeiros se encontravam em muitos estados, incluídos no setor público. O que se verifica, precisamente, é que o estado emagreceu, devolveu ao setor privado ativos, por meio das privatizações; o setor privado transformou-se, enfim, de estado gestor em um estado regulador. Na mão visível que procura de alguma forma corrigir o abuso de mercado, claro que este papel tem sido cumprido de forma bastante insuficiente e muito débil; eis a razão das várias crises financeiras, não só na Europa, mas também nos Estados Unidos, pela manifesta incapacidade de uma efetiva regulação; de qualquer forma, o estado aí, também, perde o poder.

Finalmente, tem-se outra realidade, muito própria do estado europeu e tema principal de intervenção, porque possui relação com os modelos de integração supranacional; os estados componentes da União Europeia aceitaram, no fundo, limitar parcelas importantes da sua soberania em favor, diga-se de passagem, de uma entidade colocada acima deles, que é uma entidade supranacional. O que significa que as decisões da União Europeia são tomadas unilateralmente e que se vinculam à ordem interna dos estados; os estados passaram, então, a condicionados no exercício dos seus poderes e das suas funções.

Quanto ao fenômeno da supranacionalidade, há que se perguntar seu real significado. A supranacionalidade orgânica é própria da União Soviética, mas aquela que ocorre, sobretudo, após os anos 90, com o fenômeno da globalização, é chamada de supranacionalidade inorgânica. De maneira geral, supranacionalidade, que é um fenômeno europeu, representa um conjunto de competências colocadas em comum pelos estados componentes da União Europeia, que antes eram exclusivas e outras inclusivamente, e passam a ser exercidas em exclusividade pela própria União Europeia, com perda efetiva até do poder de estado.

Claro que estes esquemas supranacionais podem ser definidos co-

mo uma confederação; embora haja uma recusa por defini-la, pode-se dizer que é uma confederação com alguns elementos federais; por exemplo, no domínio monetário existe, efetivamente, uma federalização das políticas europeias. Lógico que exista a ideia de que a Europa age solidariamente; as coisas não acontecem exatamente desta forma; a dificuldade quanto a um processo de decisão em nível de Europa faz com que as potências detentoras do poder financeiro e do poder político acabem por dominar o processo. Fato é que, hoje em dia, por exemplo, não há quem duvide de que a Alemanha seja o epicentro do processo de decisão europeu.

Há que se considerar o ponto em que acontece uma integração dos estados na União Europeia e que houve uma mudança genética no estado e na Constituição derivada deste processo de integração. Importante é entender o impacto causado por estas mudanças que, internamente, se se manifestou de integração supranacional. A primeira mudança, e em termos de governo, foi que os parlamentos perderam poder em favor dos executivos; isto soa estranho porque as grandes decisões europeias são tomadas por conselhos de ministros, membros, portanto, dos governos presentes nesse conselho de ministros.

Desta maneira, tudo que em Portugal figura como orientação política da União Europeia, essencialmente, é um produto, um relacionamento entre os governos, inclusive até, em todo o processo de transposição do direito europeu; mesmo quando a competência é do parlamento, a iniciativa vem do governo. Resumindo, os governos reforçaram como motores de natureza política nos diversos temas, até em sistemas do governo por emendas parlamentares.

Os parlamentares passaram, diga-se de passagem, de centros de decisão política para instâncias essencialmente fiscalizadoras; claro que, muitas vezes, aprovam as leis, mas a iniciativa majoritária das mesmas é oriunda do governo. Portanto, como se vê na própria arquitetura dos estados políticos do governo, há um reforço dos executivos no plano político e legislativo em detrimento dos parlamentos, mas os governos não ficaram incólumes porque, no plano administrativo foram criadas entidades administrativas independentes na economia, que são os reguladores de economia. Os reguladores econômicos são, supostamente, entidades independentes; mas outras entidades são independentes de fato, que criam uma administração separada do governo para ter uma maior neutralidade – para usar as palavras de Giuliano Amato.

Claro está que isso cria um quarto setor da administração e que essas entidades são independentes do governo e do parlamento, mas se mantêm vinculadas a autoridades congêneres à União Europeia; autoridade da concorrência portuguesa, de alguma forma, estabelece um conjunto de relações, mas não significa dependência; é visível uma harmonização de uma estrutura congênere europeia, que passou a ser orientada por meio das estruturas supranacionais. Claro está que os governos, no plano administrativo, perderam cotas do poder.

Finalmente, há o poder jurisdicional que se reforçou em vários níveis: os juízes portugueses passaram, eles próprios, a serem juízes europeus e, portanto, a legislação interna que colidia com o direito europeu era desaplicada pelo juiz nacional, comm o processo reviu, ou sem o processo reviu; também nem alguns estados, que é o caso de Portugal, os tribunais assumiram um protagonismo particularmente relevante. Nos últimos quatro anos, os tribunais constitucionais alçados, nos quais um poder relativamente moderador lembra o poder moderador de monarca, das nossas cartas constitucionais, porque a problemática de decidir pela inconstitucionalidade fez com que fosse criado um conjunto de critérios de decisão, que se situam entre mérito e validade, relativas a como as políticas devem ser levadas a cabo.

Tudo isso representa a supranacionalidade orgânica e o impacto exercido sobre o estado e sobre a Constituição. Isto leva a Constituição a posicionar os poderes de uma determinada maneira, que nem o modelo parlamentar; não acontece, por exemplo, em Portugal, mas acontece em outros estados. Na prática, este modelo parlamentar é um pouco subvertido, mas reequacionado, na medida em que os governos, mesmo minoritários, assumem certa preponderância.

Mas a supranacionalidade problemática e aquela que não se fala juridicamente, mas possui uma enorme força política e tem crescido nos últimos anos, é a supranacionalidade inorgânica. Este fenômeno surgiu a partir dos anos 90, com a afirmação do capitalismo financista globalizado que, no fundo, gerou um poder transnacional e, faticamente, supranacional de caráter difuso, sem rosto definido, e em que existe um amplo setor financeiro privado, assistido por sociedades de nutrição financeira, atribuída desde empresas até os próprios estados, que dizem respeito à capacidade para se endividar e, de fato, cumprir as obrigações a ela inerentes quanto ao pagamento dessas mesmas dívidas.

É inegável que a solvabilidade destas diversas instituições, como também a emissão de títulos da dívida acabam por ser ocultadas e classificadas. Sem dúvida que esses associados figuram como apêndices de um setor financeiro em escala global que faz, por assim dizer, a liberdade de circulação de capitais, ou melhor, desenvolve investimentos em todo o mundo. Fato é que estruturas jurídicas com base jurídica como o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia ou o Banco Central atuam, nomeadamente, em resgate financeiro dos estados europeus e conjuntamente.

Obviamente, que nem todo o dinheiro pode ser emprestado por essas autoridades; elas recorreram a

instâncias privadas, a sociedades financeiras e bancos privados que, certamente, emprestaram dinheiro dentro de um conjunto de limites. Esta denotação financeira atribuída aos estados, esses limites, refletiram a necessidade de essas instâncias garantirem a possibilidade de satisfação das dívidas pelos estados; essa garantia implicava a necessidade de esses mesmos estados assumirem políticas públicas de rigor financeiro.

No quadro mundial, houve transformações econômicas muito profundas, sem deixar de lado, Portugal; assistiu-se a uma concentração inédita de capital, ao deslocamento significativo dos grandes centros de decisões das grandes empresas, de um momento para outro, para outros países. A exemplo disso há o caso traumático da Portugal Telecom, joia da coroa portuguesa que, de um momento para outro, mudou de mãos. Outros fatos semelhantes aconteceram, pois, de uma hora para outra, uma empresa é sujeita a uma oferta pública de aquisição internacional e daí passa apara outras mãos, mas poderia ter sido desmantelada porque nunca se sabe, exatamente, como ocorre tal processo.

Outra realidade europeia e norte-americana é a deslocalização das grandes indústrias para fora do espaço como, por exemplo, de um país europeu para a Ásia. Isto teve como efeito e está a ter efeito o aumento do desemprego, a diminuição do produto interno bruto e um conjunto de consequências responsáveis que levaram a um quadro de estagnação europeia, porque tudo isto aconteceu, de fato e em altíssimo grau, em países como Portugal, Grécia e Espanha. Uns estão sob resgate financeiro e, aqueles que não estão, encontram-se extremamente endividados. Passaram, a partir de um determinado momento, a necessitar de financiamento para não caírem na bancarrota, em insolvência. Por assim dizer, foram criadas condições de empréstimos internacionais, estabelecidas em memorandos com caráter contratual público, ou caráter puramente político, sem força vinculativa relativa ao ordenamento interno, mas com força incomparável.

Quando o professor Reis Novais citou a problemática de Portugal, que se sujeitou a um conjunto de medidas de rigor “draconianas” – objeto de um acordo entre Portugal e os credores - representados pelo Fundo Monetário Internacional, outras duas organizações, o Banco Central e a Comissão Europeia, mas que também representavam interesses privados e interesses financeiros de quem emprestou o dinheiro. O fato é que, como contrapartida, foram detalhados no memorando até os pormenores daquelas políticas criticadas pelo referido professor; curiosamente, no governo em que ele foi também assessor, que foi o governo de José Sócrates, e que de fato estabeleceu esse acordo monetário internacional com as outras entidades e não executou; o resultado disso foram reduções de salários, reduções de pensões e demissões

de trabalhadores, além de muitas outras de igual rigor, protocolados nestes acordos de incidência, ou política, ou simplesmente de natureza contratual pública, sem qualquer valor jurídico.

A questão se complicou pelo seguinte, ou cumpriam esses acordos financeiros ou, pura e simplesmente os estados entravam em bancarrota; não podiam pagar salários e pensões. Agora, esta ideia de os estados como Portugal e os outros estados que estão em situação de insolvência estarem condicionados de alguma forma por estas estruturas internacionais é um problema. Sabe-se que o presidente francês Françoise Holland foi eleito com um programa arrojado de combate às medidas de austeridade com pretensões europeias; foi na entrada do leão que acabou na saída; é um estado altamente endividado e quando começou se a falar em novas políticas públicas, sem contar o problema do excesso e a violação dos limites orçamentais, o ranking da França baixou a picos alarmantes – foi transformado em AB.

Quando o ranking das repúblicas baixa, os juros da dívida sobem e, em Portugal, subiram para níveis incomportáveis de 27%; não se sabe se em termos reais, mas foram aqueles apresentados, a partir dos quais o estado perde sua capacidade de que lhe emprestem mais dinheiro; ou ele se endivida a juros altíssimos ou aceitam as medidas de austeridade. Isto aconteceu também na França e em outros estados europeus; mesmo estados de dimensões relativamente fortes foram obrigados a aceitar as medidas de austeridade.

Interessante dizer é que, contrariamente à chamada supranacionalidade orgânica, tem-se uma supranacionalidade inorgânica sem rosto definido, sem qualquer tipo de autocontrole, ou limites efetivos; com influência brutal naquilo nas políticas públicas, na organização do estado e nos limite à própria Constituição – sabe-se que o Brasil viveu a pouco tempo um problema de ameaça de rebaixamento de cotação que obrigou-o a adotar, recentemente, políticas públicas de rigor. Claro que este país possui um contexto de supranacionalidade inorgânica, porque o Mercosul não evoluiu em estrutura idêntica à da União Europeia.

Claro está que a supranacionalidade inorgânica e a supranacionalidade orgânica tiveram, efetivamente, um impacto relevante no estado e depois na Constituição, e isto possui consequência óbvias. Veja, por exemplo, a forma como se ensina a teoria geral do estado e a teoria geral da constituição nas universidades; ora, legitimidade e soberania são atributos centrais do estudo da teoria geral do estado. Estas duas realidades, pensado o estado europeu, experimentaram, desde 2008, alterações significativas a partir da chamada legitimidade democráticas.

É inquestionável que a situação política fica comprometida. Em uma eleição, por exemplo, os partidos políticos apresentam seus programas

eleitorais; sua oferta ao eleitorado, no entanto, é irrelevante e utópica, porque os estados que se encontram sob-resgate financeiro executam o programa político direcionado à execução do memorando assinado com os credores; e quando este memorando acabar – como já acabou em Portugal – geram obrigações derivadas de um tratado orçamentário. Desta forma, estes programas políticos estão condicionados a obrigações financeiras. Tem-se a ideia que a austeridade pode acabar de um dia para outro e isto não acontece, porque há esse tipo de compromissos que evoluíram para uma dimensão jurídica - o tratado orçamentário tem também uma dimensão jurídica.

Nada melhor para ilustrar a situação acima que o caso da Grécia, em que um partido de esquerda, o Syriza, determinou o fim da austeridade e apresentou um programa de desafio às instituições europeias e, também, à supranacionalidade inorgânica dos credores internacionais. A situação, essa entrada, aliás, particularmente humilhante, porque procuraram de todas as formas se livrar da situação: em primeiro lugar quiseram pressionar os credores, depois, enganá-los e agora, finalmente, foram obrigados a aceitar – mesmo com mudança de nome: não se chama troica, chama-se instituições. O que se pode dizer é que houve uma mudança de terminologia para "salvaguardar o convento", mas o resultado é que foram obrigados a aceitar o que ditavam os credores.

Quando a Grécia apontou o não cumprimento de suas obrigações com os credores, houve, imediatamente, uma ameaça de rebaixar o ranking. Isto fez com que o país necessitasse de financiamento muito recente e, por isso, veio o que se verificou no muro de gelo por parte das instituições do país; a ideia era esta: ou pagam e satisfazem as obrigações, ou não se libera a última trans; e não pagam salários e pensões.

É extremamente interessante a apresentação de programas eleitorais, mas os partidos políticos, sejam de extrema esquerda ou de direita, são obrigados a cumprir suas obrigações, ou aceitarem as consequências de uma insolvência ou da saída do estado da União Europeia. Isto ganha relevância no sentido que a democracia, que significa alternativa de opções, fica aqui profundamente desvitalizada; alternância que pode significar bem pouco, sobretudo, agora até se ver em relação ao governo atos de extrema esquerda com marcação clara, que é o caso do main extreme, em que pesam limitações fundamentais à opção democrática do eleitorado.

Schumpter, já citado aqui, falava precisamente da competitividade da democracia na alternativa de opções; pois bem, ela pode existir, mas são mais semânticas do que efetivamente reais. Isto obriga, de fato, reflexões sobre a legitimidade democrática do poder: quem manda, como dizia o Dhal, quem governa; saber exatamente quem governa, quando são nomeadas as políticas públicas dos estados e os

credores. Portanto, embora os memorandos tenham sido celebrados pelo estado português, verifica-se ao detalhá-lo que algumas medidas foram cumpridas e outras não e que deveriam ser tomadas segundo calendário pré-fixado; ora, quando não o são, surge aí o segundo aspecto, soberania.

Quando as políticas públicas são ditadas minimamente nas suas opções fundamentais dentro de uma liberdade inerente ao processo democrático pelos órgãos da soberania ditada a partir do exterior, deixa uma pergunta no ar: onde ficará a soberania já que um estado está limitado neste aspecto por parte da integração europeia. Estes aspectos, portanto, não podem deixar de influenciar a Constituição; influenciam o estado, que fica em uma posição diminuída, mas não deixam de influenciar a Constituição.

Usando mais uma vez Portugal para ilustrar alguns pontos em que a Constituição passou a ser comprimida por estas modificações: o papel da Constituição como norma suprema do ordenamento, a ideia de que as normas constitucionais tenham efetividade real, quando muitas vezes acabam por serem mitigadas na sua efetividade de garantia em estado de exceção financeira. Sendo assim, aquelas modificações no sistema de governo com preponderância nos executivos – isto em um panorama mais geral – passou a ser reavivada em Portugal a propósito da jurisprudência da crise falada no início da sessão.

A questão é que, em Portugal, esta problemática do que se pretende com Constituição passou a ser reavivada a propósito da jurisprudência da crise citada, isso porque houve um conjunto de críticos, entre os quais o professor Nogueira de Brito, que criticou as decisões do tribunal constitucional, porque teve um papel, diga-se de passagem, de uma garantia endurecida dos direitos sociais dos cidadãos comprimidos pela crise.

Houve quem entendesse que o Tribunal não poderia, simplesmente, limitar-se a aprovar todas as medidas de austeridade, pois colocaria o estado à beira da insolvência; os críticos, no entanto, defendiam este entendimento e, assim, alguns críticos do tribunal constitucional entenderam que o órgão estava extremamente só, não tinha uma concessão de constituição demasiado dirigista, demasiado rígida, demasiado apegada ao modelo de estado, que era estado nação que, entretanto, sofreu mutações genéticas fundamentais devido à globalização e à supranacionalidade, seja ela orgânica ou inorgânica.

Este era o paradigma defendido pelos críticos, uma constituição múltipla, que surgiu no léxico da ideia de concessão cosmopolita; portanto, aquilo que o Tribunal tinha que levar em consideração, mesmo sem mudança na Constituição, é que o valor implicava a passagem para uma Constituição de normas mais suaves, mais dúcteis, como se dizia, normas principiológicas, fosse servida por um sistema de

controle de constitucionalidade de baixa intensidade, essencialmente, centrado na interpretação dos princípios e no método da ponderação – método privilegiado para resolver os problemas de coalizão entre direitos fundamentais, dissensão financeira ou obrigações financeiras internacionais; uma Constituição rigorosamente aberta ao chamado ambiente normativo, na linguagem de Conrad Hess e Friederich Muller.

Necessariamente, esta realidade deveria ser tomada em conta na atividade de garantia à fiscalização da constitucionalidade; no fundo e, finalmente, uma premialidade de constituição ao influxo do direito internacional e do direito europeu. Costuma-se dizer, inclusive, que a Constituição deveria ser interpretada em conformidade com o próprio direito europeu. O professor Canotilho, sem defender esse entendimento, afirmou que, eventualmente, chegou-se a um processo de discussão de uma Constituição multinível, ou seja, aberta aos fluxos exteriores; uma constituição que coexiste também com parâmetros de direito internacional e direito supranacional.

A Constituição Cosmopolita ou Multinível – ideia que subverte aquela da constituição com poder constituinte – é, no mínimo, não muito simpática. O professor Jorge Miranda conhece minha antipatia com relação à Constituição Portuguesa desde sua origem. Mas dentro de uma visão positivista, embora Harteana,é aquilo que se tem e que, de alguma forma, deveria transformar por via interpretativa e por via paradigmática com fatores exogenáticos; é uma subversão à Constituição. Bem, o que se tem a dizer sobre esta questão a função de garantia da constituição é que a Constituição, de fato, tem uma função de garantia; não é uma realidade rígida, pétrea, mas tem uma função de garantia sobre o direito à liberdade, sobre os direitos sociais.

No entanto, o que aconteceria se, nomeadamente, se chegasse ao ponto de existir uma constituição cosmopolita e aberta que permitisse, simplesmente, desconsiderar por completo aquilo que são os direitos sociais constitucionalizados. Fato é que uma constituição que mude ao sabor de ponderações e de interpretações pode ser tudo que se queira, menos uma Constituição; tem-se uma outra coisa qualquer que vai garantindo, pontualmente, certos tipos de posições jurídicas um pouco ao sabor de ponderações tomadas em razão, muitas vezes, da realidade própria dos fatos.

Neste momento, há debates polarizados em dois extremos sobre o estado e a Constituição: de um lado, estão aqueles, como o professor Reis Novais, que defendem uma Constituição de perfil mais dirigente, mais rígida, mais intervencionista e mais pétrea, de uma realidade que necessita, obviamente, ser revista à luz do tempo presente, sendo mantidos a essência e o ethos – prevista pelo poder constituinte; de outro lado, os que defendem o modelo completamente espongiforme de Constituição, de base neoliberal

passível de se ajustar a todas as seções e não cumprir a sua função de Constituição tal como nós entendemos como estatuto de poder e estatuto de garantia dos direitos fundamentais, quer direitos de liberdade, quer direitos sociais, que são direitos fundamentais.

Realidade ou pessimismo, fato é que este debate mantém posições intermediais, melhor dizendo, esta mesma situação, importante em termo de discussão de estado e Constituição, tem, neste momento, uma refração no plano político europeu. É inegável que a Europa vive um momento particularmente complexo, em que o poder das supranacionalidades sobre a Constituição e sobre o estado encontra-se seccionado, na medida em que partidos políticos que se encontravam na berlinda começaram a ceder ao poder; a extrema esquerda assumiu o poder na Grécia aliada a um pequeno partido ultradireitista e nacionalista; partidos de direita radical assumem os primeiros lugares nas sondagens em países como França, Dinamarca, Holanda e Áustria; os partidos de main stream, de centro-direita e centro-esquerda afundam-se numa maré irrefreável de corrupção; há um primeiro ministro, preso preventivamente, com acusações de corrupção; na Espanha, existe, de fato, um escândalo de corrupção gravíssimo que atinge o próprio centro do governo em relação a financiamentos de partidos políticos; o futuro candidato à presidência da república e ex-presidente Sarkozy chegou a ser detido, preventivamente, durante um dia e meio, por causa de uma ação judicial ainda pendente, que é o caso BETANCOOUTT.

Todas estas questões, inegavelmente, possuem relação direta com a promiscuidade entre os partidos e o poder financeiro, com a influência excessiva do poder financeiro no poder político. Visto desta forma, é relevante esta afetação dos partidos de intermédios, porque, nomeadamente, na medida em que triunfem posicionamentos, diga-se de passagem, mais contrários, a subsistência da União tal e qual como ela é, põem-se em causa; uma ordem que vigorou durante cinquenta anos.

Diante de tudo isto, fica a seguinte questão: se o supranacionalismo inorgânico trará pela força do dinheiro capacidade ainda de manter a União Europeia, mesmo contra essas forças de periferia. É claro que há estados relativamente pequenos, como a Grécia e Portugal cujo poder é relativo, mas outros estados podem, relativamente, não ter – aqueles que fazem parte do motor de funcionamento da União Europeia, como a França. Pode-se dizer que hoje em dia, o debate sobre o estado e a Constituição, a teoria do estado e a teoria da Constituição face à supranacionalidade é uma questão fundamental na política europeia.

ESTADO DE DIREITO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMBATE À CORRUPÇÃO NA INTERFACE PORTUGAL/BRASIL

Marcelo Rebelo de Sousa*

*Atual Presidente da República Portuguesa, Conselheiro de Estado e político português, licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1984), Professor Catedrático da da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

Cumprimentos especiais ao Ministro Gilmar Mendes, presidente da sessão, ao professor Blanco de Morais, a alma deste congresso, ao professor Gilmar Mendes e ao professor Jorge Miranda, princípio vital do instituto que permitiu a realização deste congresso; um dos responsáveis pela sequência natural no instituto de ciência jurídica ou políticas da Faculdade, pai da Constituição e do constitucionalismo; paternidade dividida com professor Canotilho, que foi apenas o teorizador das ideias, não apenas teorizadas, mas também aplicadas por Jorge Miranda; ao professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, mestre de todos os presentes; à Conselheira Maria Lúcia Amaral e à juíza conselheira Maria José Rangel Mesquita, que não falou no congresso, mas prova com sua honrada presença que os Conselheiros da Corte Constitucional ao Tribunal Constitucional acompanham com muito desvelo este congresso de direito constitucional; a todos os brasileiros e portugueses presentes.

O tema da crise, da corrupção, dos desafios das democracias clássicas mesmo, contemporâneas será abordado por alguém que ensina constitucional, esporadicamente, pois se converteu ao ensino do direito administrativo e que foi constituinte e já participou de duas constituintes; isto significa descer da Excelência do Olimpo para uma gestão mais cotidiana das realidades contemporâneas.

Em primeiro lugar, é interessante salientar que em Portugal houve quatro modificações históricas, vividas em menos de trinta anos: a descolonização, o fim de um círculo imperial colonial de cinco séculos; a democratização, a chegada pela primeira vez a um estado de direito democrático; a integração europeia em passos acelerados, porque Portugal, em doze anos, fez aquilo que as grandes economias fizeram em quarenta, partindo de uma posição minimalista e chegando a uma moeda única; e, finalmente, a mudança de regime econômico por quatro vezes: primeiro, quebrando os laços coloniais com a África; depois com as nacionalizações e expropriações; em seguida, com as privatizações para as mãos portuguesas e, agora, para as privatizações para mãos estrangeiras; tudo isto em menos de quarenta anos, e com uma fatura. Mesmo que não houvesse crise mundial e crise europeia ou estes desafios em tão poucas décadas, haveria um preço, e o pagamento deste preço foi traduzido na situação de crise vivida, de forma mais intensa nos últimos anos.

Em relação a Portugal, e como o já citado pelo agora moderado e esclarecido professor Blanco de Morais, que, antigamente entrava em embate com o professor Reis Novais, mas que, agora, sente uma exultação

15/03/16 19:09

metafísica ao assistir aos debates entre os turcos e aquele professor; e isto é habitual na faculdade.

Considerações à parte, a justiça constitucional é uma conquista fundamental da democracia portuguesa, ninguém a quer destruir, nem mesmo aqueles jovens turcos. Por outro lado, há posições diferentes sobre ela e, nos momentos em que o sistema partidário é fraco, em que há consensos fundamentais que fraquejam; isto implica um alargamento do poder da justiça constitucional. Foi o que aconteceu em Portugal, consensos de regimes que eram pacíficos entre as principais forças partidárias falharam; o árbitro, então, foi chamado para decidir em matérias que eram consensuais. Foi uma situação crítica, pois, saber qual era a interpretação adequada da Constituição ficou para o tribunal Constitucional.

A criticidade reside, exatamente, no momento de crise pontual, assim que sejam repostos os consensos essenciais naturais, que se esbata a intervenção do tribunal Constitucional. É, portanto, uma dramatização relativa, mesmo por que faz parte da lógica das coisas existir quem defenda o Tribunal Constitucional até as lágrimas – pelo menos no presente momento – e quem critica algumas decisões tomadas pela Instituição. A curto tempo, pouca coisa mudará, mas é inevitável apresentar aquilo que se alterou desafiando o constitucionalismo contemporâneo.

Fala-se, agora, do constitucionalismo moderno, aquele de há 20 anos; e alguns fatores foram determinantes para esta modificação: primeiramente, a crise no sistema de partidos, com a crise dos partidos eleitorais, ou divulgação eleitoral, eles acabaram batendo as diferenças doutrinárias e eles deixaram áreas para partidos diferencistas – clássico dos anos 60, a 90 – entraram em crise, um pouco por todos os lados; depois, à emergência das mídias; esse poder de que não se falou aqui e que, teoricamente, não está constitucionalizado, mas que é um poder crescente numa democracia eletrônica; em seguida, a própria democracia eletrônica, a noção errada de que é possível participar com um click na internet, decidindo o próprio destino a cada momento.

Existe também a dificuldade das máquinas clássicas, partidos, sindicatos, patronato, organizações internacionais, estado, poder municipal, acompanharem a democracia eletrônica, os novos fenômenos inorgânicos de participação que surgem e desaparecem rapidamente, e uns se convertem a partidos, e outros não; são movimentos da opinião de difícil enquadramento; e, por último, a integração regional, a globalização, os novos poderes exógenos aos estados, aceleração da ciência e da tecnologia, a emergência dos mercados, a emergência de novos poderes econômicos.

O capitalismo financeiro, já citado anteriormente, já não é apenas o capitalismo americano; é o capitalismo chinês, o árabe, o capitalismo dos novos poderes emergentes, que dita as suas leis instantaneamente. E como é possível a um governo reagir a fenômenos que são fenômenos instantâneos dos mercados. Ressurgem e desaparecem em um dia, em oito dias, em dez dias, colocando problemas de tempo a realidades jurídicas e políticas tradicionais, e, por isso, tem-se a ideia de que a resposta do direito é sempre atrasada, como resposta política é sempre atrasada; mas isso é bom, porque o problema de decidir em tempo real é que, muitas vezes, a decisão é errada, porque é uma decisão conjunturalista, é uma decisão para o momento, não uma decisão de longo fôlego, é verdade, mas há momentos que se não podem perder em termos de decisão.

E o direito está a acompanhar as mutações científicas, tecnológicas, sociais, econômicas e políticas com atraso. Há, portanto, razões da natureza sociológica, da natureza política que explicam esta sensação de mal estar do direito; também o direito constitucional, embora menos que as outras áreas do direito. Mas há, também, um problema axiológico que não podemos escamotear; há uma crise de valores, valores que eram consensuais nas sociedades deixaram de o ser; não se tratam dos valores de cada um, mas aqueles partilhados comunitariamente, em uma sociedade monocultural, em sociedades multiculturais passaram a ser valores em crise ou, pelo menos, o objeto de um debate e de uma controvérsia acrescida.

Na verdade, essa visão axiológica que não é tecnocrática, que não é política, sociológica, coloca problemas ao direito constitucional; o que era pacífico, por exemplo, no continente europeu, relativamente a um conjunto de valores, hoje, em muitos casos, já não é a democracia representativa como ela era vivida, e tinha tido capacidade de ajustamento, tem dificuldade em acompanhar muitos desses valores; quando, por exemplo, esse debate sobre o uso de indumentária religiosa, o que deve prevalecer em várias democracias europeias, uma visão laicista radical, que não é possível a utilização visível de indumentária religiosa, que cria ou que traduz a clivagem na sociedade e, por outro lado, acha uma resposta, que é a defesa e a manutenção dessa indumentária em homenagem ao multiculturalismo. Estamos, portanto, diante de um problema axiológico, um problema de valores, e que se multiplica, e chega a todas as expressões da ciência e da tecnologia.

Tudo isto começou com coisas pequenas, muito simples, como é o problema da transfusão de sangue, as confissões religiosas que não aceitam; e depois, se converteu depois em um problema generalizado quanto ao uso e costumes em continentes em que já há cidades e vilas majoritariamente constituídas por não originários, se é que na Europa há alguém verdadeiramente originário, que a Europa foi o resultado do cruzamento de civilização e de cultura.

A dúvida que persiste é se estes constrangimentos são conjunturais ou duradouros; isto é um desafio que se coloca ao constitucionalismo durante um tempo que, depois desaparece, ou está para ficar. A resposta é que está para ficar, pode não ser esta crise, será outra crise, mas está para ficar e, certamente, está para ficar, porque a Europa continua em crise e vai continuar; e não será uma crise, serão outras crises e isto levanta as questões, se é uma situação estrutural e como é que o direito constitucional enfrenta esses desafios estruturais? Será que são os desafios que foram pouco referidos, que são de má gestão dentro do sistema? Mas há problemas que não são de má gestão dentro do sistema, são desafios ao próprio sistema, e o constitucionalismo do futuro, os constitucionalistas do futuro, os quais terão de enfrentar estes problemas daqui a dez anos, quinze, vinte, trinta anos terão esse desafio como um desafio estrutural, no ensino, na legislação, na aplicação do direito, qual a solução?

Acompanhar a voragem do tempo mudando a Constituição e mudando a lei permanentemente, talvez não, mas também acreditar em novas estabilizações perante as quais o direito que existe é capaz de enquadrar e de gerir com flexibilidade desafios novos; há que encontrar aqui esquemas e intermédios, entre o conjuntural excessivo, e o estrutural ilusório, acreditando na Constituição, acreditando, os que acreditam no estado de direito democrático, no constitucionalismo democrático.

Caminhando, talvez para um constitucionalismo mais minimalista, que não quer uma constituição que cubra tudo, que seja mais flexível para poder enfrentar realidades que são muito diversas; mais anglo-saxônica do que europeia continental; mais junto àquelas sociedades que estão no topo dos indicadores do desenvolvimento humano, como as nórdicas, e não da França. Que não nos habituemos na nossa geração. É evidente que está em risco, quer confundir-se com o neoliberalismo, com o triunfo dos mercados e com a ausência de garantias.

Importante, ainda, é haver aqui um equilíbrio muito grande para não se passar que um extremo regulamentar para um extremo minimalista puro e não garantístico, como dizia o professor Blanco de Morais; e depois, uma grande sensibilidade de quem cultiva o direito à realidade econômica; não se pode se converter em tecnocratas, já bastam os tecnocratas, já bastam os tecnocratas que pululam por aí, mas temos de compreender a realidade econômica, e compreender a realidade social, compreender a realidade política. A ideia de que o estudo jurídico devia ser acompanhado de um enquadramento do politológico, do sociológico e do econômico para a formação do jurista, para a preparação do jurista do futuro; depois, com uma grande humildade, com um grande otimismo, acompanhado de um enorme realismo; sabendo que o

jurista tem um papel fundamental na construção cotidiana no estado de direito democrático.

No entanto, não se pode substituir o cidadão, há desafios que são do cidadão, não são do jurista. Há realidades que implicam respostas, há desafios em outros domínios em que nos apetece resolver com uma interpretação constitucional, ou com uma lei, ou com uma decisão administrativa; mas é um problema de cidadania, cidadania econômica, social e política. Este é o duplo desafio do jurista, ele, simultaneamente, tem o desafio de quem tem especial responsabilidade porque é um jurista, mas também de quem não pode se demitir da sua cidadania.

Um dos problemas das sociedades contemporâneas é da quebra da cidadania, da redução da participação cívica, é da concentração da participação cívica num número restrito de cidadãos. E não há Constituição, não há lei que possa resolver esse distanciamento dos cidadãos de sua cidadania; acredita-se que sim, mas não é possível, não em Portugal, e não no Brasil. O que acontece nos dois países afeta a quem mora por lá e àqueles que têm família no Brasil, e em boa hora teve início a tradição destes encontros, nos quais tem estado sempre o professor Jorge Miranda, apoiado pelo professor Blanco de Morais, que assumiu o testemunho e vai projetar o futuro, o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho e o ministro Gilmar Mendes.

O mais impressionante é a passagem de testemunho do lado não só português, mas brasileiro, porque aqueles que começaram este caminho começaram a algumas décadas; felizmente, estão vivos e de boa saúde, mas com eles estão aqui muitos jovens – garantia de continuidade desta relação fraternal entre o direito brasileiro e o direito português, sabendo que a verdadeira potência mundial é o Brasil, e que nós somos, portanto, uma reserva de índios, que é bom respeitar em qualquer caso, respeitar, porque tem alguma coisa a ver com as origens dessa potência mundial; mas uma reserva de índios com suas idiossincrasias, como é toda a Europa, um microcosmo culturalmente muito rico culturalmente, mas que não manda nada no mundo. Em qualquer caso, é bom vir a Europa para recordar raízes e respeitar os ancestrais, e verificar como ainda fala o português, ou se cultivam umas ideias curiosas, interessantes, originais; e é bom que se mantenham em homenagem ao multiculturalismo.

DESAFIOS E POSSIBILIDADES DO CONSTITUCIONALISMO

Maria Lúcia Amaral*

*Juíza no Tribunal Constitucional desde 2007, Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa desde 2008, licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1980) e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa (1998).

Agradecimentos aos organizadores, cumprimentos aos mestres presentes e aos membros da mesa. O tema do painel é Desafios e Possibilidades do Constitucionalismo. Este tema traz algo, que é, no mínimo, uma interrogação inquieta, o que fazer? Quando se aborda um tema assim não é possível conceituar, mas anunciar problemas, porque as pessoas comuns não têm poderes divinatórios, os juristas, por dever de ofício, ordenam o presente e não têm instrumentos para antecipar a ordenação do futuro e, portanto, o que se pode fazer é problematizar e não atualizar; no entanto, a ciência do direito, a tarefa essencial da ciência do direito é a construção e reconstrução de conceitos porque a inquietação que está subjacente é uma inquietação que corresponde a um sentimento geralmente difundido nas pessoas comuns por todos os juristas, especialmente por jus publicista, e ao quais os constitucionalistas muito particularmente não podem estar alheios.

E essa impressão comum, esse sentimento difundido que algo aconteceu ou algo tem acontecido na história que altera profundamente ou que pelo menos põem em causa de forma visível os alicerces, os pressupostos em que se sustentou a ciência do direito constitucional a partir do século XVlll. Portanto, perante a magnitude da impressão ou do sentimento como se queira chamar, é natural que a reação seja de inquietação, que pedem a problematização sobre ela; mas ao abordar uma questão tão difícil, é necessário noção que o discurso científico não pode ser confundido com o discurso vulgar, e que para a problematização cair justamente nessa fusão do discurso vulgar é muito importante que mesmo nela se tomem precauções metódicas.

Quando se fala em desafios e possibilidades do constitucionalismo, é preciso esclarecer muito bem as premissas. Primeiro, de que conceito parte quando se fala de constitucionalismo; em segundo, esclarecer as razões de inquietação que levam a falar de desafios ao constitucionalismo; e em terceiro, o que se pensa quanto ao que há a fazer; como há a fazer, não por parte de todos, mas por parte dos juristas, da classe, da categoria à qual se pertence.

Esse esclarecimento metódico que se fala é que o constitucionalismo é a ciência do fundamento e dos limites do poder legítimo, é também muito consensual partir do princípio que esta definição é só rigorosa quando a ela acresce uma divisão.

Quando se fala em constitucionalismo nestes termos, fala-se de um constitucionalismo antigo e de um constitucionalismo moderno; a diferença entre um e outro é a natureza meramente descritiva do primeiro e a natureza prescritiva do segundo; e que fronteira entre o século XVIII.

A doutrina sobre os fundamentos e os limites do poder político legítimo é tão grande quanto é a reação filosófica sobre esse poder; remonta à Grécia clássica, e é continuada na filosofia política e na tradição intelectual cristã ocidental durante a idade média, o renascimento e a reforma, mas é uma que convive com um conceito descritivo e não prescritivo da Constituição. Este é um corpo de pensamento coerente que pretende descrever como a comunidade política devia ser organizada, e não prescrever; o fundamento do poder legítimo dela e os seus limites pelas vias do direito.

O constitucionalismo moderno é que, sendo herdeiro desta longa e nobre tradição de pensamento, transforma, meramente, não a descrição, mas em prescrição porque convive a partir das cartas de direito e das constituições dos finais do século XVIII; não apenas como uma descrição da forma pela qual as comunidades políticas podem ser governadas ou devem, mas com prescrição jurídica dos seus fundamentos e limites. Quando se fala constitucionalismo e quando se equaciona, nem mais nem menos, o problema da sua sobrevivência é deste conceito restrito de constitucionalismo que se fala, essa é a primeira alteração de método que fica clara. Segunda, são as razões da inquietação, e esta é a segunda exceção metódica de que partem as razões de inquietação que levam a falar, a colocar a pergunta: pode o constitucionalismo moderno sobreviver?

Este constitucionalismo moderno, prescritivo, nasceu e floresceu no seio de uma comunidade política que é a comunidade política estadual, cada um deles com seu território, com seu povo, seu poder político, e é, e era, e foi sempre em função de cada comunidade política assim constituída com certo povo, em certo território e certo poder político que sempre se referiu à validade, à efetividade e à unidade de sentido de cada Constituição, e o problema está, e todos sabem, é de fato uma intuição.

A partir de certo momento, identificado como momento de fratura 1989, aconteceu uma transformação profunda e da qual se resultam três categorias. Estas três categorias, em função das quais mediamos a capacidade prescritiva de cada ordem constitucional, já não podem

ser entendidas ou compreendidas como antes eram compreendidas e conhecidas; o povo do estado não pode ser entendido enquanto pressuposto de validade e de aplicação de uma certa constituição do mesmo modo, nem tão pouco seu território e nem seu poder político.

É evidente que o conceito constitucional de povo não permaneceu incólume desde o início do constitucionalismo moderno até agora. Máximo Severo Gianinni, nos anos 50, do século XX, propõe no seu manual de direito administrativo a distinção de dois conceitos, o conceito de estado monoclasse e o conceito de estado pluriclasse, como categorias ideais típicas. O de estado monoclasse era em termos ideais típicos o estado de legalidade do século XIX, tinha como forma de governo a monarquia dualista, como centro de poder o parlamento, como fonte superior do ordenamento a lei, e tinha porque o povo que o integrava socialmente homogêneo, veiculava através do voto que era entendido, não como direito de todos, mas como função de alguns, representações unitárias, socialmente unitárias do que devia ser a convivência social e a sua repercussão constitucional.

Diversamente, o estado pluriclasse que se desenvolve a partir da segunda metade do século XX tem por pressuposto um povo que, por ser constituído por indivíduos livres e iguais, que exercem o direito de voto em condições exatamente iguais a todos os outros, veiculam, por meio do seu voto, representações do que deve ser a convivência constitucional certa que não são nem unitárias, nem pacificadas, nem homogêneas, são pelo contrário, representações plurais conflituais e, por isso, pela pluralidade de conflitos ser a característica do tipo ideal de estado da segunda metade do século XX, a democracia constitucional é forma de governo deste estado. O centro de poder já não é o parlamento, é o governo, a fonte superior do parlamento já não é a lei, é a constituição, e os clássicos três poderes do estado que se conhece desde o século XVIII.

Cresce um novo, um poder diferente e autônomo, a função diferente e autônoma das jurisdições constitucionais se desenvolve a partir da segunda metade do século XX, porque são necessárias para garantirem a unidade em formas constitucionais marcadas pela pluralidade social conflitante. O problema hoje é a multiplicidade de classes sociais; estado pluriclasse, não significa o mesmo que estado multicultural, e por razões conhecidas por todos de multiplicidade de culturas que hoje é obrigado a falar quando se evoca o conceito de povo enquanto elemento do conceito de estado. Os

fluxos migratórios, as transformações tecnológicas colocam perante todos um povo de estado que não é só pluriclasse, é multicultural, isso significa que não dirige ao estado apenas pretensões sociais conflitantes , dirige ao estado pretensões identitárias conflitantes, e o primeiro desafio do constitucionalismo é como responder a estas novas pretensões identitárias. Como responder essas pretensões identitárias e não apenas sociais conflitantes que o novo povo multicultural e não apenas pluriclasse dirige ao estado? Num colóquio luso brasileiro há que dizer que isto não faz muito sentido perante estados e comunidades constitucionais como as comunidades não europeias e o Brasil que se constituíram a partir da constituição.

Tendo em conta diferentes culturas e multiculturalidades, isso está inteiramente de acordo, mas uma coisa é resolver o problema da multiculturalidade como dado contemporâneo, que desafia o constitucionalismo, empregando o termo, com pouca precisão conceitual nos estados, no novo mundo, no continente americano; foram estados que se constituíram a partir dela, e outra coisa, resolver o problema da Europa. O que aconteceu é que os povos dos estados já constituídos foram se tornando cada vez multiculturais, por isso a multiculturalidade é um problema que coloca o constitucionalismo, o modo de assegurar o direito das pessoas exigências inéditas; primeiro, como construir a unidade política novamente; segundo, exigências inéditas quanto ao modo de resolver conflitos entre direito fundamentais e valores constitucionais. Essas considerações são importantes para dizer que quando se tem em linha de conta as transformações operadas no território e no poder político e membros operativos para identificar o núcleo de aplicação de certa ordem constitucional não se pode falar da mesma maneira, evidentemente, não se pode valorar as transformações ocorridas do mesmo em Portugal.

Quando se evoca a república portuguesa perante os colegas brasileiros, os problemas serão seguramente muito diferentes, normalmente, o sentimento difuso a que foi aludido no início da conferência segundo o qual todas essas categorias estariam a sofrer um processo de erosão que obrigava que se olhasse para eles com uma luz diferente. Evoca, como grandes causas desse processo de erosão, dois fenômenos: primeiro, a porosidade das fronteiras; e segundo, o fenômeno, diferente ao aludido pelo professor doutor Carlos Blanco de Morais, o condicionamento exógeno a que tem estado sujeito crescentemente o exercício do poder político por parte do estado.

Estes dois fatores não podem ser valorados da mesma maneira em Portugal e no Brasil. Portugal está imerso por habilitação constitucional própria num processo de integração supranacional. Esse processo traz, por definição, uma porosidade das fronteiras do estado, na medida em que disser que o estado é um espaço geográfico muito mais amplo do que seu território no qual a liberdade de circulação de pessoas é um princípio constitucional. Da mesma maneira esse processo de integração supranacional implica constitucionalmente uma aceitação de condicionamentos exógenos às decisões do poder político do estado não se fala das mesmas coisas, porém, e esse é um ponto importante e parece certo, há certo nível dos acontecimentos em que esses dois fatores causais produzem o mesmo efeito, tanto em Portugal quanto no Brasil. E esse nível deve ser resumido da seguinte forma, relação entre estado e tecnologia, relação entre estado e economia.

Relação entre estado e tecnologia, antes da chamada mundialização ou globalização, o estado dominava a tecnologia. A tecnologia era instrumento do estado. Os correios, as estradas, as ferrovias e as telecomunicações eram instrumento do estado. Hoje transcendem-no, basta pensar na navegação aérea, que é regulada muito mais por associações e setores do que pelos próprios estados nas agências internacionais reguladoras dos correios, nas comunicações interindividuais que passam totalmente à margem da jurisdição dos estados. Segundo lugar, estado e economia, a forma como hoje o estado é governado pela economia, a mobilidade dos investimentos financeiros, a dimensão dos investidores, a possibilidade dos agentes econômicos multinacionais tem de se deslocalizar, independentemente, das características culturais das forças de trabalho locais.

Todos esses fatores são concebidos e tiveram como resultado uma diminuição sensível do espectro possível das decisões políticas estaduais em um domínio que é fulcral, que é o domínio da política fiscal e logo da justiça redistributiva. Este é o condicionamento exógeno fundamental a que o estado se sujeita no exercício do poder político por parte do estado. E é por isso que, em relação a ele, também quanto a essa categoria não se pode deixar de ter em linha de conta que já não pode ser vista como antigamente era. E é nisto que estão as razões de inquietação que levam a perguntar se o constitucionalismo moderno pode sobreviver, restam algumas, o que e como fazer.

Perante a magnitude dos problemas,

os juristas poderiam ter duas reações, particularmente, os constitucionalistas, problematizar, voltar à teoria, a especulação teórica com mais ou menos rigor dogmático e abandonar completamente o trabalho miúdo, o trabalho de construção de conceitos; dogmático, com a convicção que esse trabalho já foi, era para tempos de normalidade e já não se está em tempos de normalidade. A posição final é que é mais do que necessário não abandonar o trabalho próprio da ciência jurídica que é o trabalho da construção e reconstrução de conceitos, só com instrumentos muito bem conhecidos que foram aprimorados em tempos de normalidade é que se pode enfrentar desafios de tão grande magnitude como este que se estar a viver.

Para que o constitucionalismo moderno sobreviva, é necessário que sua identidade permaneça, e sua identidade é dupla, prescritiva e não meramente descritiva. Em segundo lugar tem um programa prescritivo que se organizou sempre em torno de dois temas, assegurar a garantia dos direitos e fixar a separação dos poderes. Portanto, aquilo que não pode deixar acontecer é a manutenção desta prescrição em relação a estes dois pontos. Manter o programa significa adequar as novas exigências ao reexame da dogmática que se tem. O princípio da separação de poderes é tempo, o professor Blanco de Morais também falou disso, é tempo de chegar à conclusão de que aquela tríade tradicional de que se foi herdeiro, a função executiva, legislativa e judicial de um lugar há pelo menos cinco poderes, cinco funções, a função de direção política que cabe hoje cada vez mais ao executivo, sendo ele um órgão crucial. A função legislativa que é função, sobretudo, de controle político que tem essa primeira de governação de direção política, a administração pública na sua complexidade e pluralidade contemporânea, o poder judicial e outro poder diferente que é o poder das jurisdições constitucionais segundo grande desafio dogmático.

Provavelmente, a separação de poderes não sobreviverá como elemento central do programa do constitucionalismo moderno se não souber em que consiste criar direito e em que consiste aplicá-lo pela via da jurisdição, e como esta diferença hoje é particularmente difícil no domínio das jurisdições constitucionais. O trabalho dogmático é o mais desafiante que há a fazer para manter viva a separação de poderes como programa do constitucionalismo moderno ao traçar a fronteira dos limites dessa nova jurisdição, desse novo poder, dessa nova função do estado que é a jurisdição constitucional.

CONSTITUCIONALISMO – O QUE VIRÁ?

Paulo Gustavo Gonet Branco*

*Procurador Geral da República, graduado em Direito pela Universidade de Brasília (1982), Mestre em Direitos Humanos pela University of Essex (1990) e Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (2008). É membro fundador, coordenador de Mestrado Acadêmico e professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Rendo preito de admiração, sobretudo na pessoa do presidente da mesa e do Tribunal de Contas do Distrito Federal, agradeço também a menção tão relevante que nos fez, e cumprimento os ícones magnos do direito constitucional que aqui estiveram e os que permanecem presentes enaltecendo este evento: professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho e o ilustre Jorge Miranda, mestre insigne de todos nós.

O tema desse último painel, como salientou a conselheira Maria Lúcia Amaral, não poderia ser mais apropriado; fala sobre Constitucionalismo e lança uma pergunta: o que virá?

A síntese se encaixa no assunto em questão de maneira breve e exata. Esta afirmação surge para tranquilizá-los. Quanto se pode dizer concisamente não o que se imagina que virá, mas o que se espera que não venha; e com isso, talvez se possa fazer uma reflexão de fecho para o que nós ouvimos até aqui, o que foi discutido neste congresso de oportuno e válido. Foram fatos e instâncias de crise do estado, de crise de governo ou de crises que, às vezes, coincidem com o que vivencia Portugal e, em alguns momentos, pode-se usufruir das soluções que Portugal tem dado às crises que logo se avizinham de nós, no Brasil. São crises ligadas a problemas ecológicos, basta que se lembre da crise hídrica que o país anda sofrendo. São crises político morais como a da corrupção, ela não é novidade; em diversas ocasiões, passa-se por esses perigosos tremores sísmicos de cunho político de alcance moral nos últimos tempos, e passa-se também agora por uma crise financeira grave com insidiosas repercussões sociais, crise que está bastante atrelada à adoção de um modelo assistencialista pouco preocupado com a responsabilidade fiscal.

A pergunta que se pode formular para essas crises traumáticas seria razão suficiente para que se abandone a Constituição Federal? A pergunta é inevitável, porque sempre foi motivo de estranhamento o que tem acontecido nos últimos dois anos no Brasil, sobretudo depois daquela primeira onda de protesto da população brasileira em 2013, quando o povo foi às ruas reclamar da situação precária, num movimento de desabafo amorfo contra a qualidade da prestação de serviços estatais, contra a qualidade ética da política nacional, a partir daquele acontecimento, algumas pessoas conscientes, alguns cida-

dãos no vértice da crise, passaram a receitar o seguinte remédio para o país gravemente enfermo: vamos criar uma nova Constituição, e agora com requintes de heterodoxia doutrinária, vamos instaurar uma assembleia nacional constituinte, um poder alternativo paralelo originário limitado, limitado por quem? Pelos poderes estabelecidos tradicionais, por alguns atores de poderes representativos de algumas camadas da classe dominante que estavam pretendendo convocar essa assembleia constituinte inovadora, esse poder constituinte originário.

Isso parecia uma mistificação do estado de crise, dos problemas vividos pelo Brasil naquele período, e o que se espera, como já referido para os senhores, o que virá, mas que não venha, é justamente a adoção de uma providência tão pouco eficiente e prática e de resultados pífios tão pouco úteis, senão profundamente improdutivos que deveriam levar adiante uma idéia razoável de urgente convocação coletiva neste instante devido às 9 crises caóticas reflexo do poder legal instituído originário e limitado pelos próprios poderes vigentes.

A Constituição de 1988 apresenta, no seu preâmbulo, a enunciação do seu eixo axiológico dos seus célebres princípios, o motivo determinante da sua elaboração, e nela se vê ou se reconhece que vivemos numa sociedade multicultural, em que se afirmam os alicerces de direito democrático dessa sociedade multicultural, de variadas mundividências. O fundamento estrutural está justamente no sistema de direitos básicos de liberdades asseguradas constitucionalmente, e que propõem uma sociedade de estado tão igualitário quanto possível, firmado nas dimensões da justiça social; expressa, sobretudo, nos direitos sociais inerentes aos indivíduos.

A nossa Constituição evidentemente se filia aos propósitos do estado constitucional de direitos e garantias individuais. Será que esse ideário recolhido do preâmbulo Constitucional, e, certamente, ele está posto em cheque? O Brasil tem passado, desde 1988, por diversas crises institucionais, por diversos desafios, tão logo a Constituição foi promulgada. Os senhores hão de se lembrar de que o executivo dizia sobre os comandos dessa carta magna, o país figurava ingovernável; mais adiante, o professor Gilmar Mendes lembrou-nos aqui, na brilhante palestra inaugural proferida por ele, que o fenômeno da hiper infração nos atingiu como uma gigantesca avalanche de preços altos e de absurdos; alguma coisa de traumatizante e de profunda repercussão neurótica e deprimente, inclusive de efeito moral drástico, foi o índice superlativo de inflação no pico de

84% num único mês. Nessa época, na Inglaterra, alguns amigos ingleses perguntavam perplexos, ”O que seria uma inflação de 84% ao mês?”. A explicação era quase um sofisma: com a mesma quantia com que você adquire um carro hoje, no final do ano você compra um pão, era um caso surrealista de asilo psiquiátrico, como é que se consegue viver assim, mas o Brasil conseguia, enfrentou esse período adverso fiel ao ideário da Constituição de 1988. A Nação passou por crises políticas gravíssimas, episódios de corrupção assustadores, tanto no poder executivo, quanto no poder legislativo, e até também no próprio poder judiciário, quanto trauma ou pesadelo num país liberal e alegre em que o presidencialismo é, muitas vezes, qualificado como imperial, com o estigma político de um impeachment escandaloso de um Presidente da República, caçador de marajás do erário público e tudo dentro da ordem constitucional mais impoluta, e por que assim?

Por que dentro dessa ordem constitucional? Porque evocam as lições preciosas da professora Maria Lúcia Amaral, que diz o seguinte no seu fantástico livro “A Forma da República”, ela considera que o sistema constitucional exitoso é o que provoca uma certa vontade da Constituição, isto é, tende a reconhecer o mínimo ético comum indispensável, são palavras da Professora Maria Lúcia Amaral, num compêndio que deve ser recomendado a todos, e nós tínhamos esse mínimo ético comum da Constituição de 88, que sobreviveu a tantos desses desafios sufocantes enfrentados, com certeza que a realidade brasileira atual está enegrecida pela pequenez moral de tantos agentes públicos velhacos, está golpeada pela incúria de distúrbios ecológicos, econômicos e éticos, mas, e aqui é o ponto, não reflete integralmente a realidade enfocada.

E agora, uma especial referência ao professor Carlos Blando de Morais, a visão do assunto não reflete um daqueles momentos de esgotamento constitucional, e de ruptura política que podem criar um ambiente político propício para que o povo aprove uma Constituição nova, são palavras que estão também em elucidativo livro que o professor acaba de lançar no mercado editorial, o segundo volume do curso de direito constitucional. É costume no país fidelidade a esses valores reivindicatórios, e, talvez, a maior evidência deles sejam esses últimos movimentos de rua, em 2013 a população foi manifestar o seu inconformismo com a falta de competência técnica administrativa, com a desconfiança moral referente às ações dúbias de alguns agentes públicos desonestos.

No início deste ano, houve manifestações de rua muito maiores do que aquelas de 2013, espalhadas por todo o país, e com números de manifestantes assombrosos, na cidade de São Paulo; as estatísticas confiáveis apontavam para mais de um milhão de pessoas, e isso não convocadas por partidos políticos, não convocadas por organizações sindicais, mas que se aglomeraram espontaneamente a partir de instâncias das redes sociais.

Imagine, professor Carlos, um décimo da população de Portugal reunida nas ruas e São Paulo protestando contra os desmandos, os desregramentos venais que eram revelados aos gritos e cartazes de protesto. Observava-se que, em nenhum momento, os gritos ouvidos foram de: "Abaixo a ordem constitucional", pelo contrário, diziam os manifestantes: "precisamos de uma Nova Constituição".

Aqueles que ainda são empolgados com os regimes de força e truculência, não tiveram expressão maior para protestar contra a ordem estabelecida, ninguém procurava subverter os valores constitucionais em voga. Em 2013, uma das bandeiras erguidas era "Abaixo a PEC 37", o que é isso? Era uma proposta de emenda da Constituição que pretendia retirar poderes de investigação do Ministério Público. E, então, ia-se para a rua a fim de proteger a Constituição, para evitar que os poderes constituídos mudassem a essência da Constituição. Tudo isso mostra que a solução para os problemas cívicos não é como vez por outra, se ouve de pessoas situadas em posições de relevo e de autoridade, querendo a elaboração de uma Nova Constituição, o abandono consequente da Constituição de 1988, pois a crise não é oriunda da Constituição, ela é interna decorrente dos três poderes, e a Constituição de 1988 é uma aliada para resolver esses problemas, e nunca a causa desses problemas de corrupção e desgoverno, e nunca pode ser, portanto, tratada como objeto de combate dos juristas e dos cidadãos.

Um conto inglês macabro e verdadeiramente assombroso de C.S.Foster aborda temática alusiva ao tema ora enfocado. Um senhor, um homem, estava angustiado com o momento presente, e ele queria saber o que o futuro lhe reservava de promissor,

Ele foi consultar uma cartomante, saber o que viria para ele. A cigana olha para ele com pena, com comiseração e alarme, e lhe diz: O seu futuro não poderia ser mais trágico e pior, eu o vejo entrevado numa cama de um sórdido hospital com dores tremendas, sem capacidade sequer de exprimir o que está precisando, está gemendo, está sofrendo, vejo-o solitário, e nesse estágio permanece um longo período amargo.

O homem volta para casa profundamente perturbado e decide que assim a vida não vale mais a pena. Ele saca um revólver e dispara contra a própria cabeça, mas não morre, com esse ato desastrado. Ele confirma o vaticínio da cartomante, ele fica entrevado numa cama padecendo de terríveis dores, solitário, e por longo tempo.

O título deste conto não podia ser mais expressivo, "O homem que não perguntou o porquê". Vejam, esse é um verdadeiro apólogo da importância de buscarmos as verdadeiras causas dos problemas sociais e psicológicos, e ele serve para nos advertir de que se não é a Constituição a causa dos nossos problemas atuais, atentar contra ela, pode ser a própria catástrofe anunciada.

AGRADECIMENTOS FINAIS

Gilmar Ferreira Mendes*

*Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e Vice-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Doutor em Direito pela Universität Münster (1990), na Alemanha, e Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (1987) e pela Universität Münster (1989). É docente permanente do Instituto Brasiliense de Direito Público, professor-adjunto de Direito Público na Faculdade de Direito da UnB, colaborador do Centro de Investigação de Direito Público e membro-permanente da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito.

Inicialmente, gostaria de cumprimentar os professores Blanco de Morais e Marcelo Rebelo de Souza e a todos os presentes. Agradecer, desde logo, a todos pela participação e que fizeram a singularidade deste evento, especialmente, ao professor Jorge Miranda, inspirador destes diálogos junto ao professor Manoel Gonçalves; agradecer todo o profícuo trabalho do professor Blanco de Morais, encorajador da maciça participação de todos.

Agradeço também o nosso colega Jairo Schäfer, que representou o IDP na frutificação deste evento e, claro, a todos os professores que, nesses três dias, nos trouxeram razões bastantes para reflexão e para, afinal, partilharmos de certo otimismo constitucional, como bem o disse o professor Marcelo Rebelo de Souza; de não pensarmos que tudo está acabado; de que há perspectiva também para a ciência do direito constitucional.

Já foi dito aqui, não raras vezes, que a Constituição é colocada como culpada por razões que não estão necessariamente na sua aplicação, pois ela não é a causa dessas mazelas. Mas se são apontadas falhas, pelo menos no caso brasileiro, é recebida com reservas; a exemplo da Constituição de 1988, que foi recebida com reservas pela própria crítica política brasileira. Para se ter ideia, chegaram a culpar o professor Canotilho, especialmente em relação ao modelo assim chamado dirigente; fiquei também bastante sensibilizado, e olha que nunca me envolvi diretamente nessas polêmicas, pensava em aplicar a Constituição numa linha muito parecida com aquela defendida pelo professor Blanco de Morais, com as aplicações possíveis e entendendo que, também, há um limite do financeiramente possível, de que temos que lidar com a realidade.

Certa vez, em Coimbra, e diante de uma pergunta feita por um colega entusiasmado ainda com o constitucionalismo dirigente, ouvimos do professor Canotilho o seguinte, e nesse tom: “A Constituição dirigente morreu, e isto provocou viúvas em todos os quadrantes nacionais”. No Brasil, sempre havia alguém que relatava sobre o pedido para que ele fizesse uma palestra, uma teleconferência para dizer que não estava bem morta a Constituição Dirigente, porque, de alguma forma, o leitmotiv, a ideologia vista na Constituição de 88 tinha desaparecido; é como se a alma tivesse se desapegado daquele texto. Com a declaração desse eminente professor

e colega, passamos por vicissitudes, apontadas pelo professor Paulo em sua brilhante palestra.

Desde o início, se nós conversarmos com operadores políticos da mais alta relevância. o presidente José Sarney, porexemplo, vai dizer que esta constituição é uma extrovenga, porque mistura parlamentarismo e presidencialismo, possui elementos dos mais diversos; não é uma Constituição com elementos de alguma simetria, fruto do próprio momento e, bem por isso, provoca dificuldades maiores na sua aplicação; para não lembrar o clássico Roberto Campos, que chegou a dizer que os constituintes estavam imbuídos do propósito de desenhar uma gazela, mas acabaram por parir um camelo, referindo-se à Constituição de 88.

Mas vejam os senhores que já se avizinham os 30 anos dessa Constituição e ainda estamos a falar sobre isso; é o mais longo período de normalidade institucional vivenciado na República; pelo menos, este é um dado positivo, e precisa ser reverenciado; naquela linha que os americanos falam de que o que interessa é a prova do bolo, e não como ele é feito". Claro está que havia expectativas várias em torno do texto constitucional; uma que a constituinte tem essa coisa de momento mágico, como todos nós sabemos; a ideia de que os problemas vão-se resolver a partir de um elemento forte, simbólico, extremamente reforçado. Acontece que, logo no início, a Constituição vai enfrentar problemas; é uma constituição vista por muitos como inflacionária, porque, como era uma Constituição resposta, não poderia deixar de ser.

Ela tentava constitucionalizar a correção monetária; direito dos servidores a reajuste, cálculo de pensão na Constituição, da previdência social; porque, claro, acostumados a uma inflação elevada e com os truques nos recálculos feitos para ajustes fiscais contínuos, o constituinte entendeu por bem colocar no texto constitucional esses cálculos para garantir uma pensão, e depois se falava na revisão dessas pensões. Ainda hoje, tem-se no texto constitucional uma norma que está a clamar por interpretação que dá revisão salarial anual para os servidores, vejam os senhores; mas antes no texto original havia de tudo em matéria de proteção contra os efeitos da inflação.

A Constituição já foi aprovada num contexto fortemente inflacionário, tanto é que, como eu falei aqui na exposição inicial em 89, houve a continuidade da sucessão de planos econômicos, e logo enfrenta-se também momentos difíceis, porque em relação à Constituição de 88, alguém poderia ser estimulado a dizer que o Brasil passou por uma fase de

crescimento econômico, já se disse isso em relação à lei fundamental; é fácil sustentar a normatividade, a força normativa de uma Constituição com uma lei fundamental, que agora comemora aí mais de 60 anos; num contexto de milagre econômico continuado.

Não foi este ocaso da Constituição brasileira. É bom que se diga que, à época de sua promulgação, enfrentávamos uma crise econômico-financeira séria; tanto é que na transição Sarney/Collor, em 1990, a inflação chegou ao patamar de 84,32% por mês. Tínhamos, portanto a tarefa de debelar essa continuada crise financeira; vários planos econômicos com mudança de moeda, cinco planos econômicos num período curtíssimo nos anos 80; planos econômicos sérios que faziam brutal intervenção na vida econômico-financeira do país. Tanto é que um caro amigo e ministro do governo Fernando Henrique Cardoso dizia, diante dos planos anunciados, das contas que o governo teria de pagar, especialmente se perdesse uma ou outra demanda; dizia o Ministro Malan, o Brasil - essa expressão nem é tão original assim – é um país sui generis; até o passado é incerto, porque a toda hora ele era avisado quais planos econômicos, baixados em outros governos, estavam agora dando a sua face; e o governo teria que pagar.

Tem-se hoje esta discussão, os federais bem o sabem. O Supremo Tribunal Federal, debate sobre os cinco planos econômicos e seus reflexos nos depósitos da caderneta de poupança da época; o mais jovem desses planos é o Plano Verão, de 1991; mas nós conseguimos superar esse quadro com o plano Real, de 1994 e ganhamos esse quadro de estabilidade econômica. Passamos por um Impeachment presidencial, como já foi lembrado aqui. Até o fim, um quadro de crise grave, sem termos tido o propósito de mudança na Constituição, ou mesmo mudarmos o regime; algumas mudanças são inclusive interessantes, a CPI do caso farias levou-nos à mudança de financiamento eleitoral.

Até então, no Brasil, as pessoas se esquecem disso; proibia-se a doação de empresas privadas, mas todo mundo sabia que era uma daquelas proibições não efetivas que não iriam acontecer. Um dos grandes problemas da democracia moderna já foi apontado aqui, que é o financiamento do sistema político eleitoral; proposta da CPMI que saiu com grande autoridade naquele momento porque resultou, inclusive, no impeachment do presidente; estabelecer a doação das pessoas jurídicas para a campanha eleitoral; acabar com o modelo institucionalizado do caixa II. Agora, saibam os senhores, estamos às vol-

tas com esse debate; e o problema é a doação das empresas e devemos fazer, então, essa doação apenas por pessoas naturais.

Tudo isso é interessante. Levaram, inclusive, uma proposta ao Supremo, e acredito que ele deva referendar; já existem votos, não sei precisar ao certo, pois faltei alguns dias; pedi vista desse julgamento no STF quando já havia votos adiantados no sentido de estabelecer a felicidade geral; uma ação proposta por um grupo ligado ao ministro Luiz Roberto Barroso foi apresentada pela ação direta de inconstitucionalidade proposta pela OAB; uma ação que, de alguma forma, alberga pretensões que o próprio Partido dos Trabalhadores vinha formulando.

A ideia básica eram as doações, doações de pessoas privadas, pessoas naturais; não de pessoas jurídicas, é claro. Isto tem de ser combinado com voto em lista, mas o tribunal não pode decidir sobre o modelo eleitoral, se o Supremo disser que só haverá doação de pessoas naturais, o Congresso, talvez, não tenha alternativa, pensaram os gênios desta elaboração; se não decidir que o caso será adotado em lista, precisa combinar com russos, goianos e tudo o mais, porque o Congresso é composto de uma fauna diferente, e é preciso que eles aceitem essa realidade.

Mas desenharam isto no mundo ideal, trouxeram para o Supremo que, visivelmente, está cansado desse debate sobre corrupção na política, e todas essas discussões. Por esta razão, está a imaginar qual resposta dar a isso, está a desenhar esta questão, sem perceber que antes de decidir sobre o tema de financiamento, tem de decidir sobre o modelo eleitoral, se ele será misto, se ele será alemão – modelo proporcional, que é da nossa tradição, esse de lista aberta, ou, ainda se será um modelo de lista fechada. A verdade é que as propostas dos vários partidos são as mais diversas possíveis e há divergências até mesmo entre eles; então, este é um dos desenhos e pede-se decisão do Supremo sobre isso, mas sobre isto, volto a falar logo mais.

Vejam os senhores as crises pelas quais passamos nesses anos; tivemos o fenômeno da corrupção na Comissão do Orçamento; casos graves de corrupção, depois de termos tido reedições, por isso, o tema central deste seminário é a corrupção e o problema da erosão da própria democracia. Até bem pouco tempo, como todos sabem, participei com grande intensidade do julgamento do Mensalão e todos nós dizíamos que era o maior caso de corrupção da história; tanto, que alguns ficavam satisfeitos em falar sobre o que foi identificado, sobre

o desvio, peculato claro, em torno de 170 milhões. Mas, em seguida, aparece o Petrolão, do qual ainda se sabe bem pouco; um sujeito que, surpreendido pelas ações da polícia e do Ministério Público, se dispõe a devolver 100 milhões de dólares. Vejam bem, aqui não há problema de tradução, repito: foram 100 milhões de dólares. Pois é, o senhor Barusco resolver aos cofres públicos em torno de 300 milhões de reais, porque participava de todas as propinas dos contratos que ele gerenciava na Petrobrás.

Diante desta manifestação e diante dos números que foram revelados, alguém, talvez, devesse entrar com uma ação revisional no Supremo Tribunal Federal para dizer que o Mensalão foi julgado em um tribunal que não tinha competência para fazê-lo, pois deveria ter sido julgado pelo Tribunal de pequenas causas. Isto, de fato, é grave, mas nós não vamos resolver tais questões, pois, como muitos já disseram, com um debate sobre a reforma política, apenas uma reforma político-constitucional que anuncie uma constituinte exclusiva, para daí surgem ideias mais exóticas, constituintes, inclusive, em que estariam proibidos de participar membros atuais de partidos políticos, porque, de certa maneira, estão contaminados; congressistas, então, não poderiam participar; o exclusivo aí vai ganhando uma largueza maior.

Quando surgiu esta ideia de constituinte, um integrante do governo disse que a necessidade de uma Constituinte foi anunciada diante das manifestações e junho de 2013. Ninguém havia dado uma única palavra sobre reforma política, mas os intérpretes do governo diziam que o problema era a corrupção no Congresso. E as pessoas pediam – nos cartazes – hospital padrão FIFA. Escola padrão FIFA; refletiam as situações da vida diária, o incômodo porque todos passavam, porque, como estávamos em meio à Copa do Mundo, via-se que a FIFA tinha padrões determinados, mas que não atingiam os serviços.

Vieram, então, esses hermeneutas e disseram que o problema era a reforma política e que, para isso, fazia-se necessária uma Constituinte, e, exclusiva. Naquela ocasião, disse ao meu interlocutor estar admirado com a ousadia, sobretudo, com a quase irresponsabilidade e a ingenuidade dos dirigentes, que pareciam enfermeiros que nunca haviam visto sangue e fiam apavorados no primeiro momento. Está claro que lidar com a crise política não pode ser assim tão simples, não basta imaginar uma iniciativa simbólica. Havia um colega nosso no tribunal, o Ministro Octávio Gallotti que dizia que os nossos colegas que insistiam em adotar aquela postura vencida

seriam votos vencidos e torciam para não serem acompanhados, porque, se as hipóteses fossem testadas, muito provavelmente resultariam em algo absurdo.

Imaginem, se o Brasil tivesse acompanhado a ideia e tivesse adotado a Constituinte exclusiva, estaria hoje imerso numa grande crise política, a discutir uma nova Constituição. Nesta barafunda de conceitos hoje existentes, a crise seria muito mais grave porque teríamos de legislar, disciplinar a crise e constituir um novo ordenamento. O curioso e que, a despeito de todas essas contradições, chegamos até aqui – são quase 30 anos de enfrentamento de crises sérias, e graças às instituições.

Recentemente, em Miami, um professor americano descreveu um artigo em que dizia que o Supremo tem funcionado um pouco como esse poder moderador, e até ressaltava que tudo era mito esquisito, não havia maioria no Congresso, que o executivo seria um tanto quanto confuso, mas que o judiciário cumpria uma função especial, o STF. Disse eu, também, que não poderíamos nos iludir e imaginar que temos superpoderes.

Alguém escreveu um artigo recente propondo mais uma dessas reformas políticas; disse que todos os políticos deveriam renunciar aos cargos e que o Supremo deveria assumir a direção do país, até que houvesse eleições regulares, com pessoas depuradas e tudo o mais. Ora, este é um exemplo de que a fantasia corre solta em função, claro de algum êxito que o Tribunal teve nesse processo; mas também, há problemas, como no caso dos precatórios, quando brigamos fortemente com a realidade econômica, como bem o disse o professor Marcelo Rabelo; neste caso, acabamos por pagar o preço, e temos que voltar atrás, muitas vezes, deselegantemente.

Certamente, há dilemas que precisam ser colocados, mas de qualquer sorte, o balanço foi positivo. No caso específico do Brasil, a Constituição deu frutos, produziu essa estabilidade institucional; claro que ainda há enormes desafios, principalmente aqueles colocados pelas pessoas de como fazer para melhorar o sistema de serviços públicos como um todo. Mas esta não é uma questão básica da Constituição, e de como se administra ou de algumas más práticas somente, agora vistas e com um preço enorme.

O Ministro Cedraz falou aqui sobre o combate à corrupção. No Brasil, a despeito dos vários problemas e mesmo antes de 88, ganhou-se credibilidade no âmbito internacional porque os números foram tratados com seriedade, não eram escondidos. Tanto é, que a própria The Economist cunhou uma expressão que se aplica hoje na Argentina, a chamada ideia da argentinização, que significa, exatamente, a manipulação de números. Como isto não acontece por aqui, ao longo dos anos, as autoridades que nos representam tiveram algum êxito nas negociações.

Infelizmente, nos últimos anos, passamos a importar este modelo ruim argentino, que é a falsificação de números. Mas o Tribunal de Contas, felizmente, está a colocar a cobro este tema, chamando os responsáveis por essa falsificação, porque, veja, isto tem custos. Este tipo de manipulação, que se manifestou aqui na Europa, sobretudo, na Grécia, apresentou custos. E o que isto teria a ver com a Constituição? É óbvio que a Constituição até tenha dado respostas a isto; fortalecendo, por exemplo, o papel do Tribunal de Contas da União, dando-lhe poderes para verificar essas situações. Torço para que este órgão disponha de força, de energia, porque disporá de condições jurídicas e políticas para avançar nessa temática.

Fica a impressão que a Constituição de 88 criou instituições. Alguns dirão- como é o caso do professor Blanco de Morais - que o Ministro Gilmar Mendes deu algumas competências imperativas ao STF que não estavam no *script*; mas não é bem assim, nem tudo que atribui a mim é verdadeiro. Claro está que construímos algumas competências importantes, como é o caso do mandato de injunção ao modelo de omissão, entendendo que o tribunal pode ter este papel de estimulador de formulações de políticas públicas, com determinados limites; às vezes acontecem os excessos como, por exemplo, aconteceu com o próprio tribunal português que, nesta situação e diante de uma inércia maior dos autores responsáveis, diretamente responsáveis, lançou mão das sentenças aditivas, dando algumas respostas passíveis de contestação no âmbito da separação dos poderes.

Finalizo, reiterando que temos enormes desafios. Reconhecer isto é básico nas contestações, que não encaramos a Constituição como algo sagrado, que fizemos enormes reformas no texto constitucional e que não precisamos de constituinte. A possibilidade de se quebrar o monopólio da Petrobrás era difícil, mas foi feita com uma reforma político-constitucional importante – algo que pouco se fala por aqui; fizemos um desenho, foi um compromisso importante do presidente Fernando Henrique Cardoso, criamos o Ministério da Defesa para agregar os antigos ministérios da Aeronáutica, Exército e Marinha; todos sabem que, na América Latina este é um fator de desestabilização institucional. Foi uma reforma que

tinha como desiderato o papel das instituições. Foram feitas inúmeras reformas neste contexto, com princípios benfazejos; aqui ou acolá, serão pontuadas críticas, mas com a certeza de as reformas aconteceram dentro de um quadro regular.

Por outro lado, também o Supremo tem sido provocado face à possível lesão das cláusulas pétreas pelo poder constituinte derivado, e não raras vezes, declaram inconstitucionais emendas constitucionais, mas já há possibilidade de controle da constitucionalidade de emendas constitucionais, que têm efeito dissuasório, ou inibitório de determinadas aventuras; isto já é um elemento também de fortalecimento dessa força normativa da Constituição. Ouvindo, em particular, o último debate acontecido, extremamente interessante, lembrei-me de todos os debates envolvendo matéria constitucional, desde a questão colocada por La Salle sobre o significado da Constituição e a velha folha de papel, depois a resposta clássica de Hesse, lembrado aqui na força normativa da Constituição, vontade de constituição e a necessidade de que se pense num modelo. Interessante é que, nos anos 50, Hess fez uma palestra defendendo que se introduzisse na Alemanha – como aconteceu mais tarde – um modelo de estado de necessidade, porque, segundo ele, há uma tradição ruim com a crise. Weimar colocou que sem instrumentos de defesa, como se defender; o chamado Estado de Necessidade Econômico-Financeira viu isso em Portugal. Para Hess, é preciso que se tenha uma disciplina do estado de necessidade, porque the need not to let discipline, a necessidade não se deixa disciplinar por postulados e princípios, acaba.

É claro que tais questões precisam estar assentes quando esse novo quadro é discutido. Impressionante a palestra do professor Blanco de Morais, especialmente com a dificuldade na regulação desses outros fatores, os chamados de estado de supranacionalidade inorgânico. Aliás, bem pouco tempo no Brasil, houve debate sobre o tema, e um pouco do desgaste existente no momento político é exatamente por isso. O presidente, na campanha política, disse que manteria a sua política econômica, e atribuía ao adversário flertes neoliberais, ajuste fiscal com flertes de neoliberais; quando assume, já no quadro de crise, busca quadros, exatamente, neoliberais para realizar o ajuste fiscal. O ministro Levy, por exemplo, fez apelo às agências de rating – depois passa a ser considerado herói pelos próprios meios governamentais, porque conseguiu o não rebaixamento do Brasil; umas destas agências, inclusive, disse que o fazia dando um crédito ao Ministro; o que é um dado importante, pois reforça esse elemento político trazido, e que não se consegue colocar nos livros de direito constitucional. Claro que o Brasil não será rebaixado graças às políticas adotadas, que, inclusive, condicionam a aprovação pelo Congresso – veja a importância da análise; sem contar que nosso contexto é modesto, sem estes influxos da supranacionalidade desenvolvidos aqui na Europa.

Para finalizar, quando se discutia jurisdição constitucional, ficou claro para os presentes – e ninguém vai invocar Schmitt para imaginar que não podemos ter um tribunal constitucional – que o importante é saber o que um tribunal constitucional pode fazer, qual sua competência, qual seria seu papel no momento de crise, que ele está a assumir este papel de reformador na divisão de poderes. Neste sentido, este debate é atual. Encerro reiterando a certeza da eficácia desta parceria – há muito tempo informal – que se formalizou e desejando o êxito deste seminário no estímulo à intensificação deste diálogo extremamente frutífero para nós e para nossos irmãos portugueses.

O INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

Fundado em 1998, o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) consolidou-se como um centro independente de ensino, de pesquisa e de reflexões sobre Direito e Administração Pública. Uma instituição, portanto, que produz e difunde conhecimento sobre assuntos estratégicos nos campos em que atua e contribui para as transformações sociais, políticas e econômicas do Brasil.

Para o cumprimento desta missão, a localização do Instituto em Brasília lhe confere uma posição estratégica. A cidade possui a vocação própria das capitais nacionais de ser um polo de excelência intelectual. Ao concentrar governantes, legisladores, juristas no seu mais alto grau de formação e ligados ao setor público, Brasília torna-se local onde acontecem os debates acerca do desenvolvimento e do futuro do país.

Se a escolha de Brasília como sede institucional contribui para projetar nacionalmente os debates promovidos pelo IDP, outro mérito do Instituto consiste em ampliá-los globalmente por meio da cooperação internacional com centros de ensino, governos e instituições renomadas de outros países. Intercâmbio que preza tanto pelo contato e pela assimilação de novas realidades, pensamentos e formas de atuação em vigor fora do Brasil, quanto pela exportação dos saberes e das boas práticas desenvolvidos aqui.

O IDP é a entidade mantenedora das Escolas de Direito de Brasília (EDB) e de Administração de Brasília (EAB), que disponibilizam cursos de graduação, especialização, mestrado e extensão. O corpo docente é um dos principais diferenciais do Instituto, pois além de ser composto, majoritariamente, por mestres e doutores, reúne professores com carreiras consolidadas. Ministros, juízes, procuradores, promotores, advogados, membros das mais altas cortes e órgãos governamentais dedicam o domínio acadêmico e a experiência profissional que possuem à formação dos alunos.

O IDP é também uma instituição voltada para a pesquisa e, como tal, possui Núcleos de Estudo e o seu próprio Centro de Pesquisa, o CEPES, que desempenha a função de integrar todo o conhecimento gerado, principalmente, nos Grupos de Estudo e Grupos de Pesquisa. O CEPES é responsável por uma série de iniciativas, sobretudo, científicas, mas também de cunho social, nas quais se congregam alunos da graduação, da especialização e do mestrado e professores pertencentes a estes três níveis acadêmicos.

Outra vertente tradicional do IDP é a de realizador de eventos de grande porte. O Instituto organiza palestras, seminários e congressos nacionais e internacionais que reúnem lideranças do cenário político, jurídico, empresarial e acadêmico do país e do exterior, o que reforça seu posicionamento como espaço reconhecido de debate.

A vocação para o diálogo acadêmico é reiterada pelas publicações do Instituto, como esta que faz parte da Série IDP/Eventos e reúne o pensamento daqueles que participam de encontros nacionais e internacionais da instituição. As publicações do IDP abrangem monografias, artigos e dissertações, coluna em revista jurídica, e-books, periódicos digitais e revistas acadêmicas. Merecem destaque os livros da Série IDP/Saraiva, publicados em uma parceria do IDP com a Editora Saraiva, cuja intenção é disponibilizar obras de qualidade àqueles interessados em assuntos das áreas do Direito e da Administração Pública.

Contatos e Localização:
idp@idp.edu.br
+ 55 61 3535 6565
www.idp.edu.br

SGAS Quadra 607, Módulo 49 Via L2 Sul
CEP 70200-670
Brasília-DF
Brasil

FUNDADORES
Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes
Prof. Dr. Paulo G. Branco Gonet

DIREÇÃO-GERAL
Dra. Dalide Corrêa, Diretora-Geral do IDP

DIREÇÃO ACADÊMICA
Profa. Dra Fátima Cartaxo, Diretora-Geral da EDB e da EAB

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA E O INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Fundada em Junho de 1913, a Faculdade de Direito de Lisboa abriu as suas portas em Dezembro do mesmo ano contando para o efeito com um corpo diminuto de professores – sete doutores e bacharéis – e com uma frequência escolar de algumas dezenas de alunos. Não dispondo de instalações próprias, inaugurou aulas no edifício da antiga Escola Politécnica, após o que transitou para o Palácio dos Viscondes de Valmor, sito no Campo dos Mártires da Pátria, onde permaneceu até 1958.

Em 1958 transferiu a sua sede para o campus da Cidade Universitária, onde permanece instalada em edifício próprio cujo risco se deve ao Arq. Pardal Monteiro e cuja decoração reuniu grandes artistas plásticos da época, a exemplo de Almada Negreiros, Lino António, Barata Feyo e António Duarte. Já nos últimos anos do século XX foi iniciada a construção de um novo edifício, anexo ao primeiro, que, modernizando a Escola, a dotou de uma biblioteca presencial, de um auditório informatizado e de uma sala de audiências para simulação de julgamentos.

Pessoa coletiva de direito público dotada de autonomia cultural, científica e pedagógica, a Faculdade de Direito de Lisboa é fundamentalmente um espaço de liberdade: liberdade de ensino, de investigação, de transmissão e difusão da cultura jurídica. Mas é também uma Escola feita de pessoas e para pessoas.

Nos últimos anos, um papel extremamente importante têm vindo a desempenhar os institutos criados sob a forma de associações de Direito privado, que professores e assistentes têm vindo a constituir. Eles têm permitido estudos aprofundados, de harmonia com um princípio de especialização científica, assumindo a realização de múltiplos cursos de pós-graduação de vários tipos, promovido conferências, colóquios e outros eventos de âmbito nacional e internacional, trazendo à Faculdade eminentes professores de outros países.

Um desses institutos é o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, a funcionar desde 2003, e que até agora já promoveu cursos sobre as seguintes matérias: Ciência Política, Autarquias Locais, Legística e Ciência da Legislação, Direito da Comunicação Social, Direito das Telecomunicações, Direito das Pessoas com Deficiência, Direito do Património Cultural, Direito Administrativo, Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território, Direito do Ambiente, Direito da Energia, Contratos Públicos, Contencioso Administrativo, Procedimento Administrativo.

Muito recentemente, foi declarada pelo Estado Português a utilidade pública do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, por Despacho do Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros (Despacho n.º 16057/2012 de 30 de novembro de 2012). Em Março de 2012 foi criado, no âmbito do Instituto, um Centro de Investigação, que tem por objeto a prossecução de atividades de investigação e desenvolvimento na área das ciências do Direito Público e disciplinas afins, numa perspetiva de interdisciplinaridade, e que atribuirá especial relevância ao Direito Público dos Países e Povos de Língua Portuguesa.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

Diretor da Fdul
Prof. Doutor Pedro Romano Martinez

Contatos e Localização:
secretariadodir@fd.ulisboa.pt
+351 217 984 600
www.fd.ulisboa.pt
www.icjp.pt/cidp/cidp
Alameda da Universidade
Cidade Universitária
1649-014
Lisboa Portugal

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS DA FDUL

Direção do ICJP

Presidente
Prof. Doutor Jorge Miranda

Vice-Presidente
Prof. Doutor Carlos Blanco de Morais

Vice-Presidente
Prof.ª Doutora Maria Luísa Duarte

Vogal
Prof. Doutor Rui Guerra da Fonseca

Vogal
Mestre João Tiago Silveira

Secretária Geral
Dra. Mariana Melo Egídio

Secretária Executiva
Dra. Telma Oliveira

www.icjp.pt
www.facebook.com/icjp.pt

CRÉDITOS DA PUBLICAÇÃO

PROMOÇÃO

Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)
Escola de Direito de Brasília (EDB/IDP)
Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional da EDB

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da (ICJP/FDUL)
Centro de Investigação de Direito Público (CIDP/FDUL)

ORGANIZAÇÃO

Gilmar Ferreira Mendes (STF - IDP/EDB) e Carlos Blanco de Morais (ICJP/FDUL)

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Jorge Miranda (ICJP/FDUL)
Gilmar Ferreira Mendes (EDB/IDP)
Carlos Blanco de Morais (ICJP/FDUL)
Paulo Gustavo Gonet Branco (EDB/IDP)

COORDENAÇÃO GERAL

Dalide Corrêa (EDB/IDP)
Rui Lanceiro (FDUL)
Raquel Alexandra Brízida Castro (ICJP/FDUL)

COORDENAÇÃO ACADÊMICA

Maria de Fátima Cartaxo de Mello (EDB/EAB)
Sérgio Antônio Ferreira Victor (EDB/IDP)
Jairo Schäfer (EDB/IDP)

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Ana Paula de Azevedo e Silva (IDP)
Melina de Souza Bandeira Ferreira (IDP)
Polliana Cristina de Oliveira (IDP)

Revisão
Eliana Luíza de Azevedo

Comunicação
Célia Regina dos Santos (IDP)
Guilherme Zuza (IDP)

COLABORAÇÃO

Ana Carolina Longo (EDB/IDP)
Eliana Vieira (IDP)
Fernando Rios (EDB/IDP)
Gabriela Jardim (IDP)
Laila Alves (IDP)
Madge Rosa (IDP)
Maria Clara Nascimento (IDP)
Telma Oliveira (ICJP/FDUL)

PROJETO GRÁFICO

Studio Mova . Cássia D´Elia & Gérome Ibri

TIRAGEM

1000

IMPRESSÃO

Gráfica Coronário